الدعوى بالمجهول وأحكامها

دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

دكتور

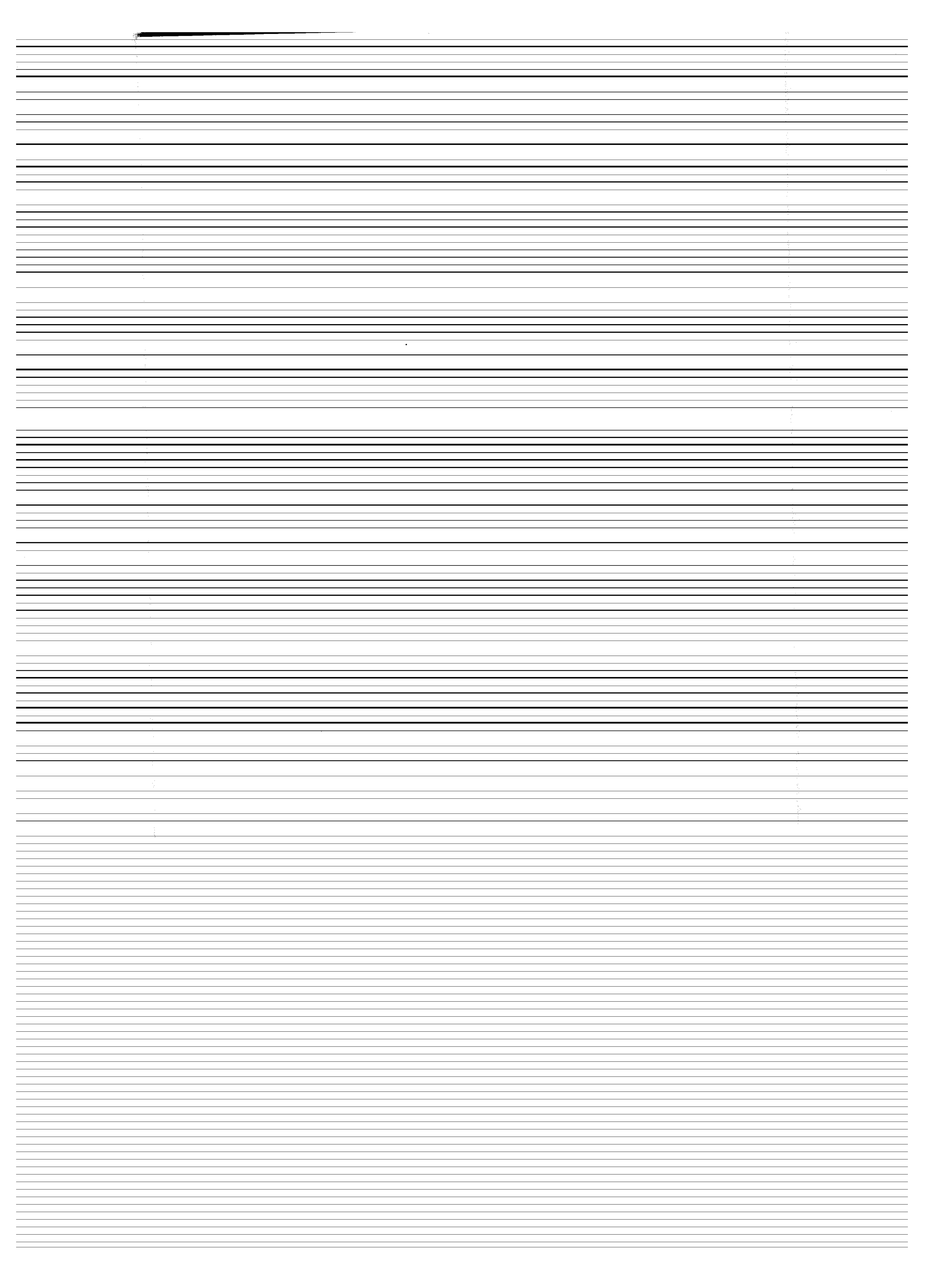
شعبان الكومى أحمد فايد

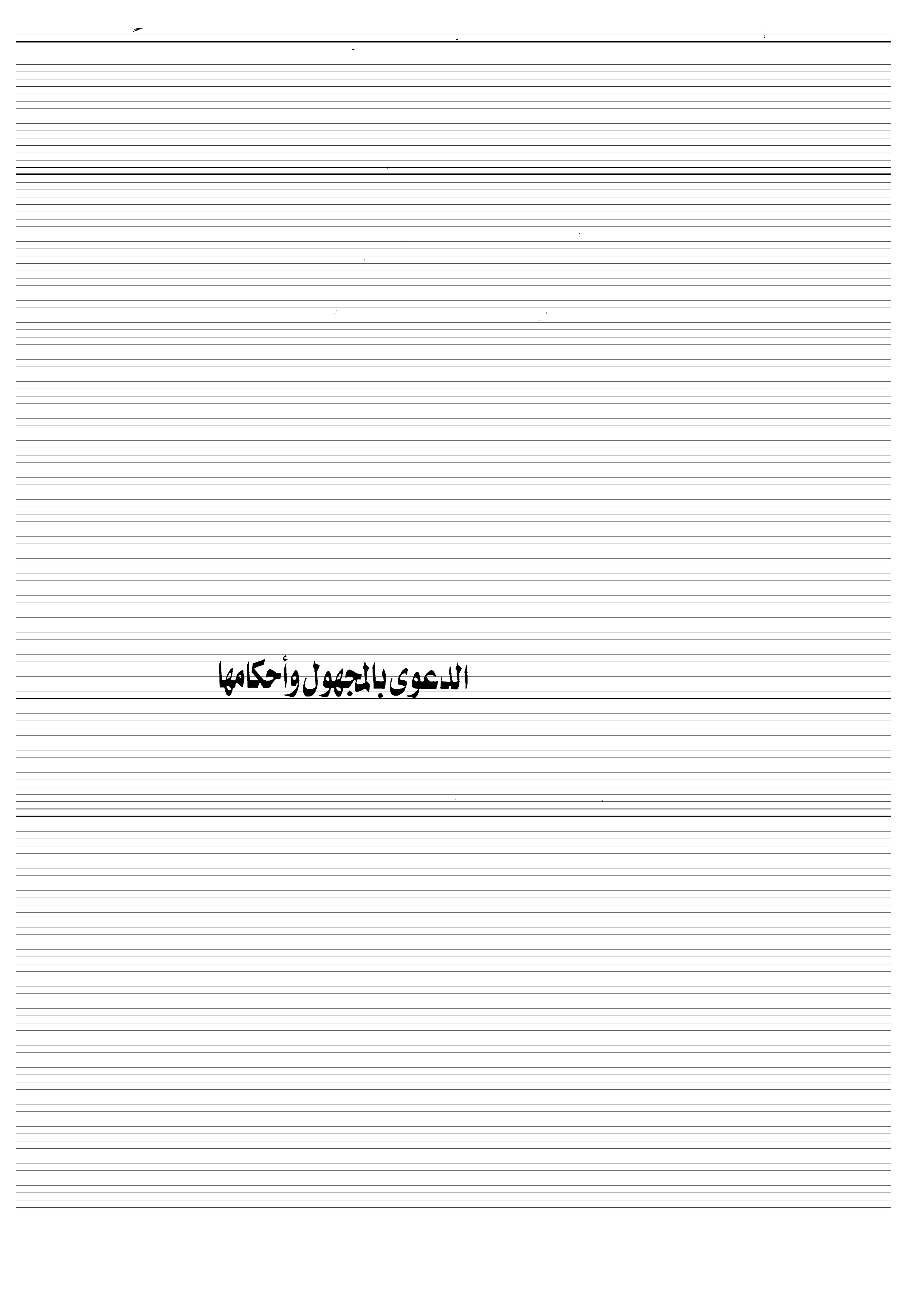
المدرس [illegible] بكلية الشريعة والقانون بدمنهور

٢٠٠٤

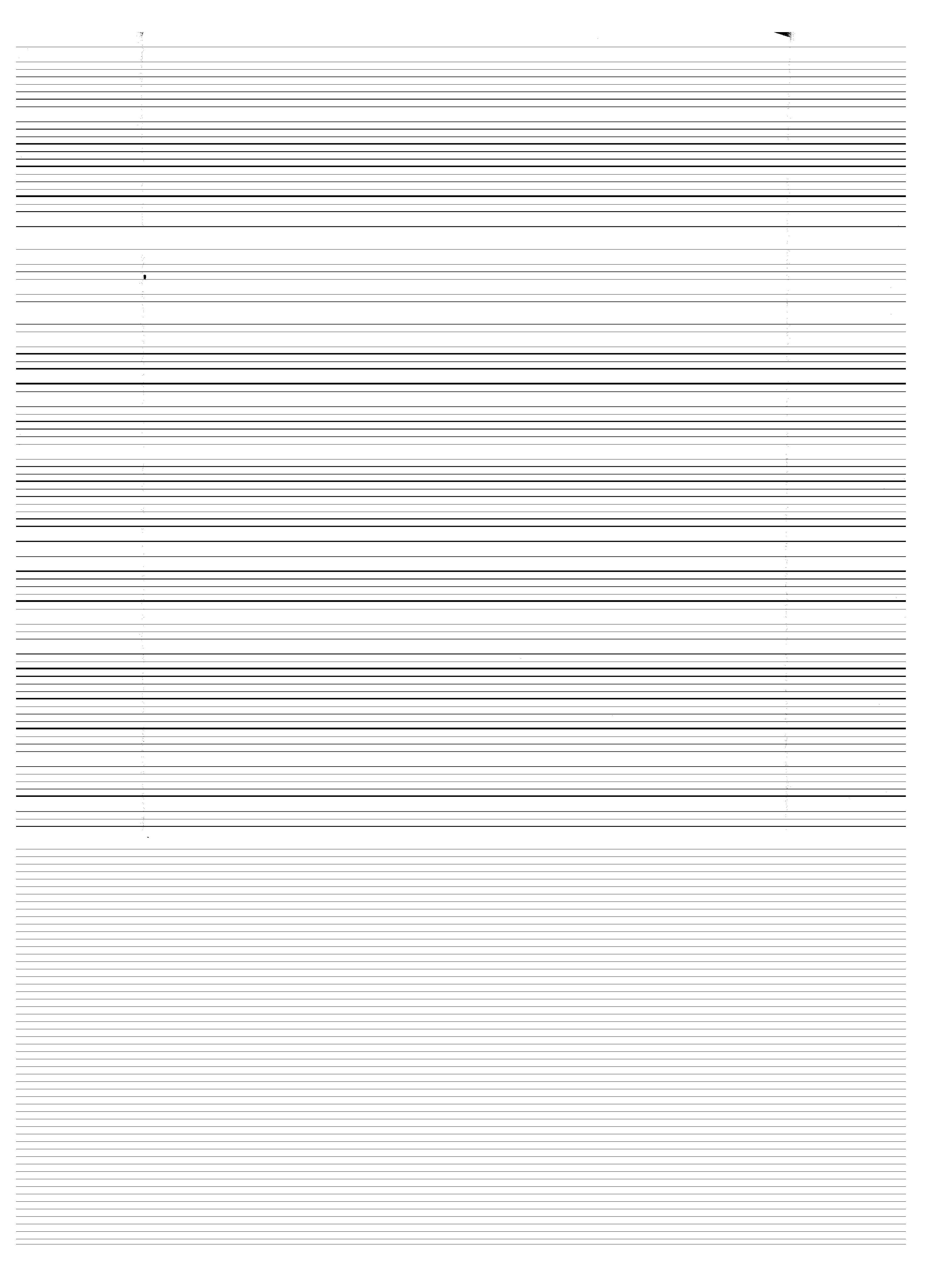
دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ شارع سوتير - الأزاريطة - الاسكندرية ت : ٤٨٦٨٠٩٩





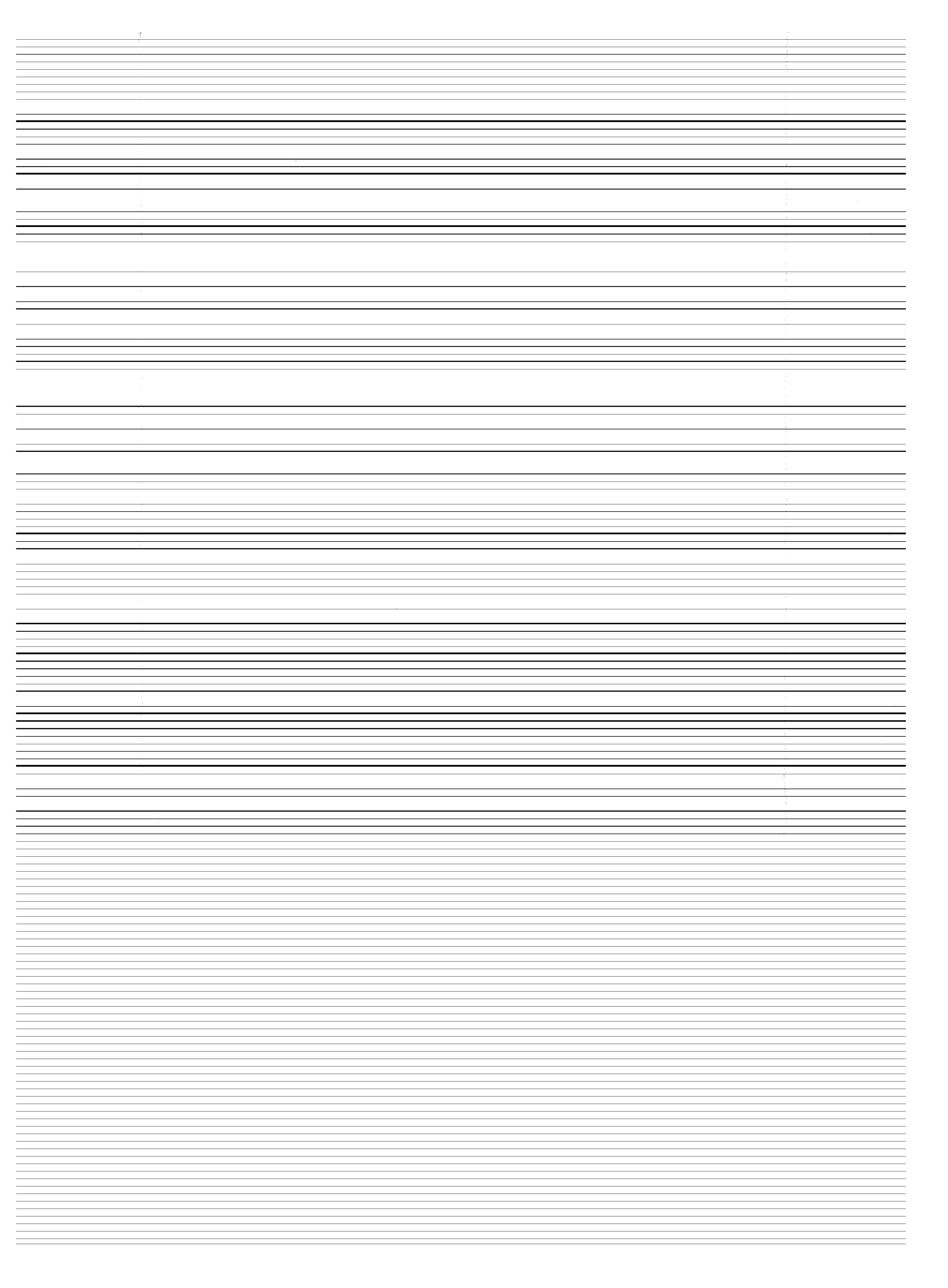
الدعوى بالمجهول وأحكامها





﴿ وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾

من الآية (٥٨) من سورة النساء



المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والعاقبة للمتقين ، ولا عدوان إلا على الظالمين
وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له ، إله الأولين والآخرين ، ورب الخلائق أجمعين ، وقيوم السماوات والأرضين ، ومالك يوم الدين .

وأشهد أن سيدنا ونبينا ، وحبيبنا وعظيمنا ، وشفيعنا وقدوتنا ، وقائدنا ومصطفانا ومولانا ، محمد بن عبد الله الصادق الوعد الأمين ، أرسله ربه تبارك وتعالى ، رحمة للعالمين ، وإماماً للمتقين ، وحجة على الخلائق أجمعين ، فبعثه بالدين القويم ، والمنهج المستقيم ، وخاطبه بقوله : ﴿ **وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين** ﴾[1] وقال له جل شأنه : ﴿ **قل إنني هداني ربي إلي صراط مستقيم ديناً قيما ملة إبراهيم حنيفاً وما كان من المشركين** ﴾ [2] .

صلى الله وسلم وبارك عليك يا سيدي يا رسول الله ، ورضي عنك وعن آل بيتك وأصحابك ، ومن سار على نهجك واهتدى بهديك الى يوم الدين ....

وبعد

فإنه لمن أهم المبادئ التى جاءتنا بها شريعة الإسلام ، مبدأ العدل ، الذى يعتبر قيمة أساسية في كل جوانب الحياة ، قال الله تعالى :﴿ **إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون** ﴾ [3] . وقال سبحانه : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنيا أو فقيرا فالله أولي بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون** خبيراً ﴾ [4] .

وقال صلى الله عليه وسلم : " **سبعة يظلهم الله فى ظله ، يوم لا ظل إلا ظله : إمام عادل ، وشاب نشأ فى عبادة الله ، ورجل قلبه متعلق بالمسجد** إذا خرج **منه حتى يعود إليه، ورجلان تحابا فى الله ، اجتمعا على ذلك وتفرقا عليه ، ورجل ذكر الله** خالياً **ففاضت عيناه ، ورجل دعته امرأة ذات حسب وجمال ،**

---

(١) الآية ١٠٧ من سورة الأنبياء .
(٢) الآية ١٦١ من سورة الأنعام .
(٣) الآية ٩٠ من سورة النحل .
(٤) الآية ١٣٥ من سورة النساء .

، **فقال : إني أخاف الله ، ورجل تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه** " [1]

وإنه لمن أبرز الجوانب التي يتجلى فيها هذا المبدأ السامي ، جانب الخصومات والنزاعات ، التى تطرأ بين الناس . بمقتضى طبيعتهم البشرية ، فلقد أمر الله تعالى بتحقيق العدل بين المتخاصمين ، بالأخذ على يد الظالمين حتى ولو كانوا من المسلمين ، وإنصاف المظلومين حتى ولو كانوا من الكافرين ، حيث قال جل شأنه : ﴿ **إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلي أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعماً يعظكم به إن الله كان سميعاً بصيراً** ﴾ [2] . وقال عز سلطانه :﴿ **يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على أن لا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله إن الله خبير بما تعملون** ﴾ [3] .

وبينت نصوص ديننا الحنيف ، أن الحاكم المسلم ، إذا حقق العدل بين المتنازعين ، فقد فاز بالدرجات العلى والنعيم المقيم ، وإلا فقد خاب وخسر ، وعليه أن يتبوأ مقعده في سواء الجحيم . فقد قال الله تعالى لنبيه داود عليه السلام : ﴿ **يا داود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب** ﴾ [4] .

وقال لحبيبه محمد صلى الله عليه وسلم ولكل الحكام من بعده : ﴿ **وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين** ﴾ [5] . وقال صلى الله عليه وسلم : " **إن المقسطين عند الله على منابر من نور عن يمين الرحمن عز وجل ، وكلتا يديه يمين ، الذين يعدلون فى حكمهم وأهليهم ، ما ولوا** "[6]

---

(١) رواه الأئمة : مالك فى الموطأ كتاب الشعر باب (٥) ما جاء فى المتحابين فى الله ٩٥٢/٢ (١٤) ط دار الحديث ، والبخارى فى صحيحه كتاب الأذان باب (٣٦) من جلس فى المسجد ينتظر الصلاة ، وفضل المسجد ١٦٨/٢ (٦٦٠) ، كتاب الزكاة باب (١٦) الصدقة باليمين ٣٤٤/٣ (١٤٢٣) ، كتاب الرقاق باب (٢٤) البكاء من خشية الله عز وجل ٣١٨/١١ (٦٤٧٩) ، كتاب الحدود باب (١٩) فضل من ترك الفواحش ١١٥/١٢ (٦٨٠٦) مع فتح البارى ط١ دار الريان للتراث – القاهرة سنة ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م ، ومسلم فى صحيحه كتاب الزكاة باب (٣٠) فضل إخفاء الصدقة ١٢٠/٧ (٩١ / ١٠٣) بشرح النووى ط دار الكتب العلمية – بيروت – من حديث أبى هريرة – رضى الله عنه . واللفظ لمالك .

(٢) الآية ٥٨ من سورة النساء .

(٣) الآية ٨ من سورة المائدة .

(٤) الآية ٢٦ من سورة ص .

(٥) من الآية ٤٢ من سورة المائدة .

(٦) رواه الإمام مسلم فى صحيحه كتاب الإمارة باب (٥) فضيلة الأمير العادل ٢١١/١٢ (١٨٢٧/١٨) بشرح النووى من حديث زهير رضى الله عنه ، و رواه النسائي فى سننه كتاب آداب القضاة باب فضل الحاكم العادل فى حكمه ٢١١/٨ من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما .

كما قال صلى الله عليه وسلم أيضاً : " **ما من أمير عشرة ، إلا يؤتى به يوم القيامة مغلولاً ، لا يفكه إلا العدل ، أو يوبقه الجور** " (١)

هذا ومن المعروف أن النزاع حين يعرض على الحاكم ، فإنه يعرض عليه في صورة دعوى ، يطالب فيها المدعي بحماية حقه ، أو استرداده من خصمه .

ومــن أهم ما يعين القاضي على سرعة الفصل في هذه الدعوى، وتحقيق العدل فيها دون عناء ، كون الحق المدعى به فيها معلوماً ومحدداً .

إلا أن كثـيراً من أصحاب الحقوق يجهلون حقوقهم ، من حيث عينها ، أو صفتها ، أو قدرها . فما هو الوضع بالنسبة لهؤلاء ؟ هل يقف جهلهم هذا حائلاً بينهم وبين حقوقهم ؟ أم أن من حقهم أن يذهبوا إلى القضاء طالبين مساعدته في الحصول عليها ؟

وإذا كان جهلهم سيحول بينهم وبين حقوقهم ، فكيف يستقيم ذلك مع قواعد العدالة الـتي جاءتنا بها شريعة الإسلام ، لا سيما وأن جهلـهم هذا غالباً ما يكون لأسباب لا يد لهم فيها ؟

وإذا كان من حقهم أن يذهبوا إلى القضاء طالبين مساعدته في الحصول على حقوقهم هذه ، فكيف يتمكن القاضي من التعرف على هذه الحقوق وردها إليهم ؟

تلك التساؤلات الهامة فكرت فيها ملياً وحاولت بحث الإجابة عليها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في هذا البحث ، وقد آثرت أن يكون تحت عنوان " الدعوى بالمجهول وأحكامها ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "

---

(١) رواه الأئمة : أحمد في مسنده ٢/٤٣١، ٥ / ٢٨٥ ط دار الفكر العربي ، والطبراني في الأوسط ١/١٤٢ ، ٥ / ١٧١ ، ٦ / ٢٩١ (٢٧٤ ، ٧٦٣، ٦٢٢٥) تحقيق أيمن صالح شعبان ، سيد أحمد إسماعيل ط١ دار الحديث ـ القاهرة سنة ١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٦ ، والبغوي في شرح السنة باب كراهية طلب الإمارة والعمل به ١٠ / ٥٩ (٢٤٦٧) تحقيق زهير الشاويش وشعيب الأرنؤطي ط٢ المكتب الإسلامي سنة ١٤٠٣ هـ ـ ١٩٨٣ م ، والبيهقي في سننه الكبرى كتاب الصلاة ٣ / ١٢٩ ، كتاب آداب القاضي ١٠ / ٩٥ ، ٩٦ ، ط دار الفكر من حديث أبي هريرة وسعد بن عبادة رضي الله عنهما ، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد ٤ / ١٩٣ ط٢ دار الكتب العلمية ـ بيروت سنة ١٤٠٢ هـ ـ ١٩٨٢ م ، وقال : رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح " كما أورده المنذري في الترغيب والترهيب ٣ / ١٧٤ (٢٩) ضبط وتعليق مصطفى محمد عمارة ط دار الكتب العلمية ـ بيروت سنة ١٤٠٦ هـ ـ ١٩٨٦ ، وقال : رواه البزار والطبراني في الأوسط ، ورجال البزار رجال الصحيح "

وكان مما دفعني إلى إختيار هذا الموضوع ما يلى :-

أولاً : **أهميته من الناحية العملية** ؛ فإن الشائع فقهاً وقضاءً ، وجوب كون المدعى به معلوماً حتى تكون الدعوى صحيحة . فى حين أن هناك رأياً فقهياً اعتنقه بعض فقهاء الشريعة ، كالإمام قاضى زاده الحنفى ، والأئمة : القرافى والمازرى والبساطى والحطاب من المالكية ، وغيرهم ، يقول بعدم لزوم هذا الشرط لصحة الدعوى . وبإنعام النظر فى الأدلة التى أتى بها هؤلاء لدعم رأيهم وتأييده ، وتقليب الفكر فى الواقع المعاش ، وجدت هذا الرأي سديداً ، وحرياً بأن يعتنق وينشر ويطبق ؛ وذلك لما يحمله من حل لمشكلات كثيرة ، ولما يسهم به إسهاماً بارزاً فى تحقيق الهدف من الدعوى ، المائل فى حماية الحق وصيانته وحفظه ، حتى يصل إلى ذويه عن طريق القضاء . إضافة إلى أن فى تطبيقه تأكيداً على أن شريعة الإسلام ، قد جعلت الحق فوق كل اعتبار ، وجعلت وصوله إلى صاحبه ، هدفاً لا يمكن تجاهله ، ولا يحول دون تحقيقه أى عائق ، حتى ولو تمثل هذا العائق فى جهالته جهالة فاحشة ؛ تحقيقاً للعدالة ، وصوناً للحقوق ، ومحافظة عليها .

ثانياً : **أن عامة الفقهاء الذين اشترطوا معلومية المدعى به لصحة الدعوى ، قد استثنوا من هذا الشرط مسائل كثيرة** ، وأجازوا فيها الدعوى بالمجهول ، وقد حاول بعضهم وضع قواعد عامة لهذه المسائل ، كما حاول بعضهم تحديدها على سبيل الحصر ، لكنهم اختلفوا فى عددها ، حتى أوصلها بعضهم إلى خمس وثلاثين مسألة . فرأيت أن تناول أهم هذه المسائل بالتبويب والترتيب والتوضيح والتأصيل ، وبيان ما يجب الحكم به فيها حين ترفع الدعوى بها ، والبحث عما يقابلها من مسائل فى القانون الوضعي ، من حيث مدى إمكانية رفع الدعوى بها مجهولة ، وما يجب أن يحكم به فيها أيضاً ، ثم المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعى فيها ، وتصدير ذلك بمحاولة استخلاص نظرية عامة للدعوى بالمجهول فى كل منهما ، قد يمثل إضافة جديدة للمكتبة الشرعية والقانونية . فعزمت على ذلك ، وتوكلت على الله ، واستعنت به لأجل إتمام هذا العمل الذى لا أشك فى أنه جهد المقل وعمل المخل .

وقد سرت فى هذا البحث ـ بعون الله تعالي وتوفيقه ـ على النهج التالي :

أولاً : بالنسبة للعرض فإنني أقوم ببحث المسألة في الفقه الإسلامي ، ثم في الفقه القانوني ، ثم أقوم بعقد مقارنة بينهما ، على النحوالتالى :

١- **أما بالنسبة لعرض المسألة فى الفقه الإسلامى** : فإننى أذكر آراء الفقهاء إجمالاً فى المسألة محل البحث ، ثم أدلة كل رأى – إذا كانت المسألة خلافية – مـــع مناقشـــة هـــذه الأدلة والرد عليها ، ثم أرجح منها ما يستقيم معه الدليل وتتحقق معه المصلحة .

وقد اعتمدت فى ذلك على جمع المادة العلمية من بطون أمهات الكتب الفقهية لمذاهب أهل السنة الأربعة وغيرهم .

وقد استقيت آراء كل مذهب من مصادره المعتمدة الموثق بها ، وتحاشيت أخذ رأى لأى مذهب من مصادر غيره ، وفى بعض الأحيان أنقل النصوص التى قالها بعض فقهاء المذهب ، ، ويكون ذلك من باب التأكيد والتوثيق .

أما المصادر الحديثة ، فقد استعنت بها على سبيل الإستئناس ، لتقوية رأى ، أو لبيان فكرة جديدة لم يتعرض لها الفقهاء القدامى ، مع حرصى الشديد على عزو كل قول أو تعليل إلى صاحبه ؛ إذ إن " من بركة العلم أن ينسب لقائله "

وقـــد اعـــتمدت على أمهات كتب التفسير ، وكتب الحديث وشروحها ، وكتب الآثار ، وكتب أصول الفقه .

٢-**وأما بالنسبة لعرض المسألة فى الفقة القانونى** ، فقد اعتمدت فى ذلك على آراء فقهاء القانون فى ظل قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالى والقوانين الأخـــرى ، مقـــرونة بحججهـــا – إذا كانت المسألة خلافية – مع مناقشة هذه الحجج ، وترجيح ما قويت حججه .

كمـا أكـثرت مـن الإشـارة إلى أحكـام محكمة النقض ، وقد حرصت على أن تكـــون أغلـــب هذه الأحكام أحكاماً حديثة ؛ وذلك لما هو معروف من أن هذه المحكمـــة قـــد دأبت منذ إنشائها على إظهار صحيح حكم القانون فى المسائل التى تعرض عليها ؛ ولذا فإن أحكامها تعد حجة قضائية .

٣-**وأما بالنسبة لـلمقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى** ، فإننى بعد عـــرض المســـألة فى كل منهما ، أعقد مقارنة بينهما أبين فيها أوجه الإتفاق والإختلاف بينهما . وسيظهر لنا – **بمشيئة الله تعالى** – مدى ما يمتاز به الفقه

الإسلامى المستقى من كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، على القانون الوضعى المستقى من الفكر البشرى ، الذى يخطئ ويصيب .

ثانياً : قمت بتخريج الآيات القرآنية الكريمة ، بعزوها إلى مواضعها من كتاب الله تعالى ، بذكر رقم الآية ، وإسم السورة الكريمة .

ثالثاً : قمت بتخريج الأحاديث النبوية الشريفة والآثار ، وعزوها إلى مواضعها من كتب الحديث والآثار ، مبيناً درجتها ؛ حتى يتبين صحيحها من ضعيفها ، مالم يكن الحديث فى الصحيحين أو فى أحدهما ؛ ذلك أن ورود الحديث فى الصحيحين أو فى أحدهما دليل صحته ؛ حيث تلقتهما الأمة بالقبول ، ثم أتبعت ذلك بشرح الألفاظ الغريبة التى وردت بها . وقد اعتمدت فى ذلك على كتب الحديث وشروحها وكتب اللغة .

رابعاً : قمت بتوضيح بعض المفردات اللغوية والمصطلحات الفقهية والأصولية ، معتمداً فى ذلك على معاجم اللغة وكتب الفقه والأصول ، وكتب الاصطلاحات .

خامساً : قمت ترجمة موجزة للأعلام الوارد ذكرهم بالرسالة ، بقدر ما يعطى للقارئ صورة واضحة عن شخصية العلم المترجم له ، معتمداً فى ذلك على كتب التراجم والسير .

سادساً : ذيلت الرسالة بخاتمة ضمنتها أهم النتائج التى توصلت إليها من خلال هذا البحث وفهرس للموضوعات .

وقد اقتضت طبيعة هذا البحث أن أقسمه على مقدمة ، وفصل تمهيدى ، وأربعة أبواب رئيسية ، وخاتمة على النحو التالى :

أما المقدمة : فتشتمل على أهمية الموضوع ، وأسباب اختياري له ، ومنهجي في البحث والدراسة ، وإجمال محتويات البحث .

وأما الفصل التمهيدي : فقد تناولت فيه مفهوم الدعوى ، وسببها ، وأركانها فـي كـل الفقه الإسلامي والفقه القانوني .

وأما الباب الأول : فموضوعه : نظرية الدعوى بالمجهول في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .وفيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول : فـي شـروط الدعوى في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الفصل الثاني : فـي شرط معلومية المدعى به ، ومدى لزمه في الدعوى ، والاستثناءات الواردة عليه في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي .

الفصل الثالث : فـي كيفـية تحقـيق العلم بالمدعى به في الفقه الإسلامي .

وأما الباب الثاني : فموضـوعه : أحكـام الدعوى بالمجهول في مجال التصرفات المالية في الفقه الإسلامي والقانون المدني . وفيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول : فـي أحكام الدعوى بالمجهول في مجال التصرفات الملزمة للجانبين في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

الفصل الثاني : في أحكام الدعوى بالمجهول في مجال التصرفات الملزمة لجانب واحد في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

الفصل الثالث : في أحكام الدعوى بالمجهول في مجال التصرفات المثبتة للحقوق ، والمسقطة لها في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

وأما الباب الثالث : فموضوعه : أحكام الدعوى بالمجهول في مجال نظام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية وفيه **أربعة فصول** :

الفصل الأول : في أحكام الدعوى بالمجهول في مجال الحقوق المالية للزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية .

الفصل الثانى : فـى أحكـام الدعـوى بالمجهول فى مجال حقوق الأقارب فى الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية .

الفصل الثالث : فـى أحكام الدعوى بالمجهول فى مجال الطلاق وآثاره ، فى الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية .

الفصل الرابع : فى أحكام الدعوى بالمجهول فى مجال الميراث فى الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية .

وأما الباب الرابع : فموضـوعه : أحكـام الدعوى بالمجهول فى مجال الجنايات والغنائم والفيء فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

وفيه فصـلان

الفصل الأول : أحكام الدعوى بالمجهول فى مجال الجنايات فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

الفصل الثانى : أحكام الدعوى بالمجهول فى مجال الغنيمة والفـئ فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

وأما الخاتمة : فتشتمل على أهم نتائج البحث ، والفهارس .

وبعـد فإنـه ممـا لاشك فيه ، أن أى عمل بشرى لا يخلو من النقص والخلل ، والقصـور والخطـل ؛ ذلك أن النقص والتقصير والخطأ من صفات البشر ، وأن العصـمة لله تعـالى ولمن عصم ، فكتابه سبحانه هو الكتاب الأوحد ، الذى حاز الجلال والكمال ، وصدق الله العظيم إذ يصفه بقوله :

﴿ إن الذين كفروا بالذكر لما جاءهم وإنه لكتاب عزيز . لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد ﴾ [١] ، وبقوله : **﴿ أفلا يتدبرون القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه إختلافاً كثيرا ﴾** [٢] .

---

(١) الأيتان ٤١ ، ٤٢ من سورة فصلت .
(٢) الآية ٨٢ من سورة النساء .

وقد روى الإمام البويطى عن الإمام الشافعى قوله : " إنى صنفت هذه الكتب ، فلــم آل فيها الصواب فلابد أن يوجد فيها ما يخالف كتاب الله وسنة رسوله عليه السلام ، قال الله تعالى :﴿ **ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه إختلافاً كثيراً** ﴾ ، فما وجدتم مما يخالف كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، فإنى راجع عنه إلى كتاب الله وسنة رسوله " [1] .

كما قال الإمام المزنى : " قرأت كتاب الرسالة على الإمام الشافعى ثمانين مرة ، فما من مرة إلا وكان يقف على خطأ . فقال الشافعى : هيه – أى حسبك – أبى الله أن يكون كتابٌ صحيحاً غيرُ كتابه " [2] .

وهــذا العمــل الــذى أتقــدم به ، إنما هو عمل بشرى من جملة أعمال البشر وإنـــنى لموقن تمام اليقين ، أنه قد اعتوره القصور والخلل ؛ لأنه مهما بالغ المرء فى تحرير وتهذيب ما كتبه ، فلابد من وجود عثرات وهفوات ومآخذ عليه .

بــيد أنى أشهد الله على أنى ما ضننت بوقت ولا بجهد ولا بمال ، فى سبيل إعداده ، والوقوف على أبعاده ، والوصول به إلى درجةٍ أسأل الله جل فى علاه أن يكــون عنها راض ، فهذا جُهدى قدر جَهدى ، فما كان فيه من صواب ، فمن الله تعــالى وحــده ، وما كان فيه من خطأ فمنى ومن الشيطان ، وإنى لأستغفر الله تعــالى وأتوب إليه ، داعياً إياه بما علمنا فى كتابه الكريم : ﴿**ربنا لاتؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ربــنا ولا تحمــل علينا إصراً كما حملته على الذين من قبلنا ربــنا ولا تحملــنا ما لا طاقــة لــنا به واعف عنا واغفر لنا وارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين** ﴾ [3] .

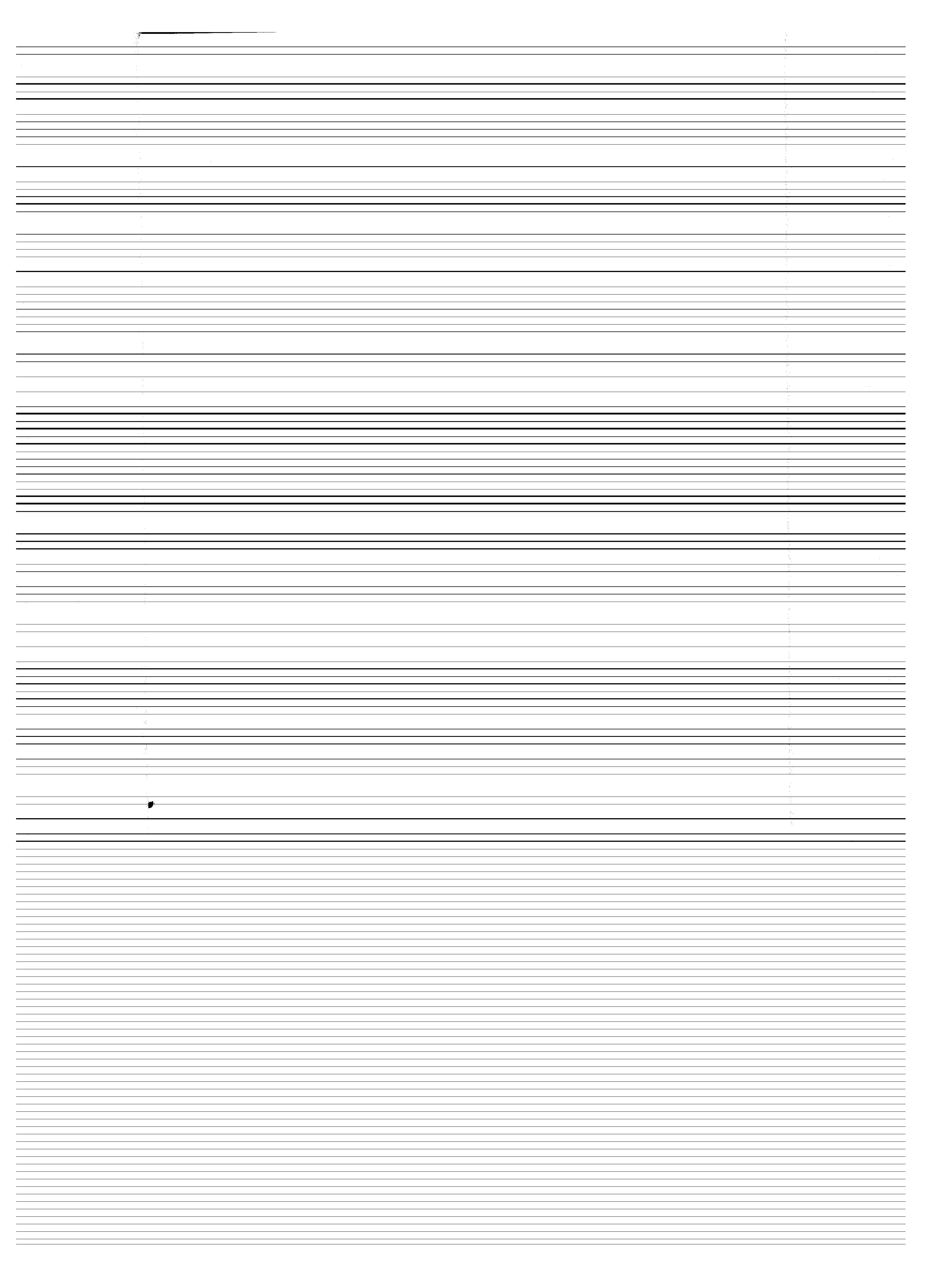
شعبان الكومى أحمد فايد

---

(١) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى ، للإمام علاء الدين البخاري المتوفى سنة ٧٣٠ هـــ ٩/١ ط١ دار الكتب العلمية – بيروت – سنة ١٤١٨ هـــ ١٩٩٧ م .

(٢) المرجع السابق ٩/١ ، ١٠ .

(٣) من الآية ٢٨٦ من سورة البقرة



الفصل التمهيدى

مفهوم الدعوى
وسببها وأركانها
في الفقه الإسلامي والفقه القانوني

في هذا الفصل أبين

- بمشـــــــيئة الله تعالى -

مفهوم الدعوى

وسببها وأركانها

في كل من الفقه الإسلامي

والفقه القانوني ،

وذلك في ثلاثة مباحث

على النحو التالى

المبحث الأول

مفهوم الدعوى في الفقه الإسلامي
والفقه القانوني

أتناول في هذا المبحث

مفهوم الدعوة في اللغة

وفي الاصطلاح الفقهي الإسلامي والقانوني

وذلك في مطلبين ، أتبعهما بمطلب ثالث

أعقد فيه مقارنة

بين هذا المفهوم في الفقه الإسلامي

والفقه القانوني ،

على النحو التالي :

المطلب الأول
مفهوم الدعوى في الفقه الإسلامي

الدعوى في اللغة

الدعـوى فـي اللغـة : اسم من الادعاء ــ وهو المصـدر ــ أي أنها اسـم لما يُدعـى .

وتجمـع على " دعاوى " ــ بكسر الواو وفتحها ــ على خلاف بين أهل اللغة في أولويـة أي مـنهما . فقـال بعضهم : الفتح أولى ؛ لأن العرب آثرت التخفيف ففتحت ، وحافظت على ألف التأنيث التي بنى عليها المفرد . وقال بعضهم : الكسر أولى ؛ لأن ما بعد ألف الجمع لا يكون إلا مكسوراً ، وما فتح منه فمسموع لا يقاس عليه .

وللدعـوى فـي اللغة معان متعددة ، ولعل معظمها يرجع إلى معنى أصلي واحد وهو الطلب والتمني[1] .

الدعوى في اصطلاح الفقهاء

اختلفت عبارات الفقهاء في تحديد مفهوم الدعوى في الاصطلاح . ويمكن رد خلافهم إلى**أربعة مذاهب :**

---

(١) ولذلك وجدنا أغلب الفقهاء يقتصرون على هذا المعنى عند تعريفهم للدعوى في اللغة ، ومن هؤلاء : الإمام الموصلي في الاختـيار لتعلـيل المختار ٢/ ١٠٩ ط دار الدعوة سنة ١٩٨٧ ، والإمام القرافي في الذخيرة ٥/١١ تحقيق أ. محمد بو خبزة ط١ دار الغرب الإسلامي سنة ١٩٩٤ ، الإمام الرملي في نهاية المحتاج ٨/ ٣٣٣ط مصطفى الحلبي ، الإمام الشربيني الخطيـب في مغـني المحتاج ٤/٥٨٥ ط دار الفكر بيروت سنة ١٤١٥ هـ ــ ١٩٩٥م ، الإمام الهيتمي في تحفة المحتاج ١٠/ ٢٨٥ ط دار الفكـر بيروت ــ ، الإمام البهوتي في شرح منتهى الإرادات ٣/٥١٨ ط دار الفكر ــ بيروت ــ ، كشاف القناع ٦/٣٨٤ ط عالم الكتب ــ بيروت ــ سنة ١٤٠٣هـ ــ ١٩٨٣ م . وغيرهم .

ومـن هـذه المعاني : ١- الطلب والتمني ، ومنه قوله تعالى : ﴿ **لهم فيها فاكهة ولهم ما يدعون** ﴾ (الآية ٥٧ من سورة يس) . أي مهما طلبوا وجدوا من جميع أصناف الملاذ . ٢- الدعاء ومنه قوله تعالى : ﴿ **دعواهم فيها سبحانك اللهم وتحيتهم فيها سلام وأخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين** ﴾ (الآية ١٠ من سورة يونس) . قال سيبويه : لو قلت : اللهم أشركنا في صالح دعاء المسلمين أو دعوى المسلمين ، جاز . ٣- الزعم بمعنى الظن والاعتقاد . من قولهـم : ادعيت الشيء أي زعمته لي ، حقاً كان أو باطلاً . ومنه قوله تعالى : ﴿ **وقيل هذا الذي كنتم به تدعون** ﴾ (من الآية ٢٧ من سورة الملك) أي هذا الذي كنتم من اجله تزعمون الباطل والأكاذيب . ولكنهم اتفقوا على أن العرب لا تطلقهـا عـلى القول المدعوم بالحجة والبرهان ، بل يصير عندئذ حقاً ، وصاحبه محقاً لا مدعياً ، فلا يطلقونها على نبوة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ؛ لأن ما صدر عنه صلى الله علية وسلم كان مدعوماً بالحجج الساطعة والأدلة القاطعة ، وهي المعجزات .

المذهب الأول : عـــرف أصـــحابه الدعوى بأنها " طلب أو مطالبة " وإليه ذهب بعض الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية .

١ـ فقد عرفها بعض الحنفية بأنها : طلب أحد حقه من آخر ، قولاً أو كتابة ، فى حضور القاضى ، حال المنازعة ، بلفظ يدل على الجزم ، بإضافة الحق إلى نفسه ، أو إلى الشخص الذى ينوب عنه[1] .

فهــذا الـــتعريف قد بين أن الدعوى عبارة عن طلب بحق ، وأن هذا الطلب يمكـــن أن يكـــون بالقول أو بالكتابة[2] . كما أن هذا الحق أعم من أن يكون وجودياً[3] أو عدمياً [4]فهو يشمل الحقيــــــن .

= . وكـــانوا يـــسمون مسيلمة الكذاب مدعياً للنبوة . ٤- قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره لنفسه . أو بعبارة أخرى : إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً ، ملكاً أو استحقاقا أو صفقة أو نحو ذلك ، من غير تقييد بمنازعة أو مسالمة . مأخوذ مـــن قولهـــم : ادعى فلان شيئاً ، إذا أضافه إلى نفسه ، بأن قال : هو لى أو ملكى . (راجع هذه المعانى وغيرها فى : لسان العـــرب لابن منظور مادة " دعا " ٢٥٧/١٤ وما بعدها ط دار صادر بيروت ، تاج العروس للزبيدى مادة " دعو " ١٠/ ١٢٧ ، ١٢٨ . المطـــبعة الخيرية بجمالية مصر المحمية ط ١ سنة ١٩٠٦ ، المصباح المنير للفيومى مادة " دعى " ١٩٤/١، ١٩٥ ، ط المكتـــبة العلمـــية ـــ بيروت ـــ ، القاموس المحيط للفيروز أبادى ٣٢٩/٤ ط دار الجيل ـــ بيروت ـــ ، تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٥٩٤/٣ طبعة دار مصر للطباعة ـــ سعيد جودة السحار وشركاه ، تفسير الخازن ٢٩٢/٤ ط دار المعـــرفة ـــ بـــيروت ـــ المبسوط للسرخسى ٢٩/١٧ ط دار المعرفة ـــ بيروت ـــ ، تبيين الحقائق للزيلعى ٢٩٠/٤ ط دار الكتاب الإسلامى ـــ القاهرة ـــ ، العناية على الهداية للبابرتى مع فتح القدير وتكملته للكمال ابن الهمام وقاضى زاده ٨/ ١٥٢ ط دار الفكـــر ـــ بـــيروت ـــ ، الدر المختار للحصكفى مع حاشية رد المحتار لابن عابدين ٢٥٠/٨ ط ١ دار إحياء التراث العربى ـــ بيروت ـــ سنة ١٤١٩هـــ ـــ ١٩٩٨م ، درر الحكام فى شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ١٥١/١٤ ط ١ دار الكتـــب العلمـــية ـــ بيروت ـــ سنة ١٤١١هـــ ـــ ١٩٩١م ، اللباب فى شرح الكتاب للغنيمى الدمشقى ٢٦/٤ـ المكتبة العلمية ـــ بيروت) .

(١) درر الحكام لعلى حيدر ١٥١/١٤ . ومن التعريفات القريبة من هذا التعريف عند الحنفية ما قيل من أن الدعوى هى " مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته " . ومن له الخلاص هو القاضى والمحكم . (العناية وتكملة الفتح ١٥٢/٨ ، البـــناية للعينى ٣٨٦/٨ ط دار الفكر العربى ـــ بيروت ـــ ومن هذه التعريفات أيضاً ما جاء فى المادة (١٦١٣) من مجلة الأحكام العدلية من أن الدعوى هى : " طلب أحد حقه من آخر فى حضور القاضى " .

(٢) درر الحكام ١٥٣/١٤.

(٣) يقصد بالحق الوجودى : مختلف أنواع الحقوق ، كالملكية وغيرها ، وذلك كقول المدعى : إن لى عند فلان كذا مبلغاً . (درر الحكام ١٥٢/١٤) .

(٤) الحـــق العدمى هو حق الإنسان فى أن لا يتعرض أحد لحقه الوجودى . والدعوى بذلك تسمى دعوى منع التعرض . (درر الحكام ١٥٢/١٤) .

وأيضـــاً فإن هذا التعريف قد تعرض لبعض شروط الدعوى ، فبين أنها لا بد أن تكون في حضور القاضي ، فأخرج بذلك الدعوى بمعناها اللغوى ، فإنها لا يشترط فيها حضور القاضي[١]

وألحـــق بعضهم المحكم بالقاضي ، لأنه مثله فى إلزامه الخصم بالحق وتخليصه مـــنه[٢]. كما أن التعريف قد بين أن الدعوى لا بد وأن تكون فى حال المنازعة . فأخرج بذلـــك الدعوى حال المسالمة ، فإنها لا تسمى دعوى اصطلاحاً وإن كانت دعوى لغة[٣]. وبين أيضا شرط كون الدعوى بتعبير يدل على الجزم والقطع[٤]. كما بين أن الدعوى كما تصـــح إذا طالـــب المدعى بحق لنفسه ، تصح أيضاً إذا طالب بحق لمن هو نائب عنه أو وكـــيل له ، فأخـــرج بذلك دعوى الفضولي الذى يطالب بحق على غيره لدى القاضي ، ولكنه لا يطالب به لنفسه ولا لمن يمثله ، وإنما يطالب لشخص أجنبي . وهى دعوى غير صحيحة اصطلاحاً وإن كانت صحيحة لغة .

إلا أنه قد يلاحظ على هذا التعريف : أنه غير جامع ؛ لأنه قصر الدعوى على كونها طلباً أو مطالبة بحق ، فخرج بذلك الدعوى بما ليس حقاً وإنما بما يترتب عليه هذا الحـــق ، كدعـــوى المرأة الطلاق أو الردة على زوجها ، فإن هذه الدعوى لا تطالب فيها المرأة بحق ، وإنما بما يترتب عليه حق وهو أنها ستملك نفسها .

ومن ناحية أخرى فإنه لم يتضمن الدعوى بالإشارة ، لأنه قصر وسيلة التعبير عـــن الطلب بكونها " قولاً أو كتابة " مع أن الدعوى بالإشارة تصح عند عدم القدرة على الكلام أو الكتابة ، فكان الأولى أن يضيف " أو إشارة ".

---

(١) دور الحكام ١٥٢/١٤ .

(٢) قال فى الشرنبلالية بعد أن ذكر " القاضي ": " وينبغي أن يكون المحكم كذلك ، لأنه يلزم الخصم بالحق ويخلصه " . نقل هذا القول صاحب رد المحتار ٣٩٨/٧ ، وصاحب درر الحكام ١٥٢/١٤.

(٣) درر الحكام ١٥٢/١٤ .

(٤) المرجع السابق – الموضع نفسه – .

وعرفها بعض المالكية بأنها " طلب معين أو ما في ذمة معين أو ما يترتب عليه أحدهما ، معتبرة شرعاً ، لا تكذبها العادة [١] .

فهذا التعريف يشمل دعوى العين ودعوى الدين ، والدعوى التي لا يكون المدعى به فيها حقاً من الحقوق ، ولكنه يترتب عليه طلب حق معين ، كدعوى المرأة الطلاق أو الردة على زوجها ، فإن هذه الدعوى لا تطالب فيها المرأة بعين ولا بدين في الذمة ، إلا أنه سيترتب عليها مقصد صحيح ، وهو أنها ستملك نفسها .

كما أنه يبين شرط المعلومية في الحق المدعى . وشرط كونه ذا أهمية معقولة . وشرط كون الدعوى جارية على عادة الناس [٢] .

إلا أنه قد يؤخذ عليه : أنه غير مانع ، لدخول الدعوى بمعناها اللغوي فيه ، لعدم تقييد الطلب بكونه في مجلس القضاء ، فهذا هو الفرق الجوهري بين الدعوى بمعناها اللغوي والدعوى بمعناها الاصطلاحي ، فكان ينبغي ذكر ذلك ، خصوصاً وأن التعريف قد تعرض لشروط الدعوى [٣]

وأيضاً لدخول دعوى الفضولي فيه ، وقد سبق القول بأنها دعوى غير صحيحة اصطلاحاً ، وإن كانت صحيحة لغة . والمطلوب تعريف الدعوى الشرعية .

---

(١) الفروق للقرافي ١٥٣/٤ ط دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ، الذخيرة للقرافي تحقيق محمد بوخبزة ٥/١١ .

(٢) المرجعان والموضعان السابقان ـ باختصار ـ .

(٣) درر الحكام ١٥٢/١٤ ، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية د. محمد نعيم ياسين ـ رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٧٢ م ، من منشورات وزارة الأوقاف والشئون والمقدسات الإسلامية ١/ ٩٨ .

٣ـ وعـرفها بعـض الشافعية بأنها : " طلب ما يذكر استحقاقه [١] " . " وما يذكر استحقاقه " إما أن يكون عيناً في اليد أو ديناً في الذمة[٢]

ويؤخـذ على هذا التعريف : ما أخذ على سابقه ، إضافة إلى أنه غير جامع ، لأنه قصـر الطلب على ما يذكر استحقاقه ، وما يذكر استحقاقه : إما عين في اليد أو دين في الذمـه . والواقع أن الدعاوى لا تنحصر في هذين النوعين من الحقوق ، فدعوى النسب مـثلاً ، لا تتضمن إضافة استحقاق شيء جديد في يد الغير ولا في ذمته . وأيضاً دعوى توقـيع الحجر على القريب الذى يقوم به سبب من أسباب الحجر . وعلى ذلك فالتعريف غير جامع من هذه الناحية ، لأنه لا يشمل جميع أنواع الدعاوى .

المذهب الثاني : عرف أصحابه الدعوى بأنها " **قول** " .

وإلـى هذا ذهب بعض الحنفية ، حيث قالوا في تعريفها إنها : " قول مقبول عند القاضي ، يقصد به طلب حق لنفسه قبل غيره ، أو دفعه عن حق نفسه " [٣] .

فهـذا التعريف قد بين أن الدعوى عبارة عن لفظ طلبي أو إخباري ، تتوافر فيه شـروط معيـنة ، لـيكون مقبولاً عند القاضي ، ومضمون هذا اللفظ ، إما مطالبة بحق المدعي قبل غيره ، وإما مطالبة غيره بعدم التعرض لحقه [٤]

ويلاحـظ على هذا التعريف : أنه غير جامع ، لعدم دخول الدعاوى التي ينشئها أصـحابها بغير القول ، كالكتابة والإشارة . وأيضاً لعدم دخول الدعاوى التي يرفعها غير صاحب الحق من وكيل أو ولي أو نحوهما ، حيث قصر الطلب على كونه "لنفسه" . وكان الأولى أن يضيف " أو لمن ينوب عنه " كما فعل صاحب التعريف الأول .

(١، ٢) الحاوى الكبير للماوردى، تحقيق الشيخين : على محمد معوض ، عادل عبد الموجود ١٧/ ٢١١ ط ١ دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ سنة ١٩١٤هـ ، ١٩٩٤م .

(٣) تنوير الأبصار مع الدر المختار للحصكفى ٨/ ٢٥٠ .

(٤) الدر المختار للحصكفى ٨/ ٢٥٠ .

المذهب الثالث : عرف أصحابه الدعوى بأنها " إخبار " .

وإليه ذهب بعض الشافعية ، حيث عرفوها بأنها : " إخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم ، ليلزمه به " (١)

أى أن الدعـــوى عندهم هى إعلام القاضى أو السيد – بالنسبة للدعاوى التى ترفع علـــى رقيقه – أو المحكم – إذا رضى به المتنازعان – أن هناك حقاً وجب للمدعى على المدعى عليه ، ليلزمه القاضى بأدائه . (٢)

ويـناقش هذا : بأنه غير جامع ، لعدم دخول الدعاوى التى يرفعها غير صاحب الحق من وكيل أو ولى أو غيرهما ، وذلك لقصره استحقاق الحق المدعىٰ به على المدعى بقوله " للمخبر" وكان الأولى أن لا يضيفه ، أو يضيف بعده " أو لمن ينوب عنه "

وقد تدارك هذه المناقشة بعضهم ، فعرف الدعوى بأنها : " إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم " (٣)

المذهب الرابع : عرف أصحابه الدعوى بأنها " إضافة ".

وإلى هذا ذهب بعض الحنفية والحنابلة .

١ـ فقد عرفها بعض الحنفية بأنها " إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة ". (٤)

أى أن يدعو إنسان الشيء إلى نفسه فى حالة الخصومة . (٥)

ويناقش هذا : بأنه غير جامع وغير مانع ، فهو غير جامع لعدم دخول الدعاوى التى يرفعها غير أصحاب الحقوق من الوكلاء والأولياء ونحوهم ، فإنهم لا يضيفون ....

---

(١) تحفة المحتاج للهيتمى ١٠/ ٢٨٥ .

(٢) مغنى المحتاج للشربينى الخطيب ٤/ ٥٨٥ .

(٣) مغنى المحتاج ٤/٥٨٥ ، حاشية القليوبى على شرح المحلى ٤/٣٣٤ ط دار إحياء الكتب العربية – القاهرة – .

(٤) كنز الدقائق بشرح تبيين الحقائق ٤/٢٩٠ ، البناية للإمام العينى ٨/٣٨٦ .

(٥) تبيين الحقائق للزيلعى ٤/٢٩٠

الشيء إلى أنفسهم ، وإنما يضيفونه إلى من ينوبون عنهم . وأيضا لعدم دخول دعوى منع التعرض .

وهـــو أيضـــاً غير مانع ، لدخول الدعوى بمعناها اللغوي، لأنه أغفل ذكر المكان الذي يجب رفع الدعوى فيه ، وهو مجلس القضاء [1]

٢ـ وعــرفها الحــنابلة بأنهــا : " إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته " . [2]

ويلاحـظ عـلى هذا التعريف إضافة إلى ما لوحظ على سابقه ، أنه غير جامع للدعاوى التي لا تتضمن استحقاق شيء جديد في يد الغير ولا في ذمته ، كدعوى النسب ، ودعوى الحجر وغيرهما ، حيث حصر موضوع الدعوى في نوعين هما : العين بقوله " في يد غيره " والدين بقوله " أو في ذمته " فكان غير جامع من هذه الناحية .وأيضاً لأنه لا يشمل دعوى منع التعرض .

التعريف المختار للدعوى :

مما سبق يتبين لنا أن جميع التعريفات السابقة لم تخل من النقد . ولعل التعريف الأمثل للدعوى أن يقال إنها **"مطالبة جازمة بحق أو بما يترتب عليه حق ، للطالب أو لمن ينوب عنه ، قولاً أو كتابة أو إشارة ، في مجلس القضاء ، حال المنازعة "** .

وإنما كان هذا التعريف راجحاً في نظري لما يلي :

أولاً: أنه بنصه على أن الدعوى مطالبة بحق ، يكون قد ميز بين الدعوى وغيرها من التصرفات الأخرى ، التي لابد فيها من حضور القاضي ، كالشهادة والإقرار ، فإنهما لا يقصـــد بهما ذلك . كما أنه قد شمل الدعاوى التي يطالب فيها بحماية الحق ، وهي ما تسمى بدعاوى منع التعرض أو دعاوى الاعتراض ، لأن الحق - كما سبق أن عرفنا[3]. أعم من أن يكون وجودياً أو عدميا ، وأن الحق الوجودي هو جميع أنواع الحقوق كالملكية

---

(١) نظرية الدعوى د. محمد نعيم ياسين ١٠٠/١.

(٢) المغني والشرح الكبير ١٦٣/١٢ .

(٣) في ص ٤ .

وغـيرها ، والحـق العدمـي هو حق الإنسان في أن لا يتعرض أحد لحقه الوجودي ، والدعوى بالحق العدمي تسمى دعوى منع التعرض أو دعوى اعتراض .

ثانياً: أنه بنصه على أن الدعوى قد تكون مطالبة بما يترتب عليه حق ، يكون قد شـمل الدعاوى التي لا يقصد بها تقرير حق وإنما يقصد بها ما يترتب عليه هذا الحق ، كدعـوى الزوجة الطلاق أو الردة على زوجها ، فإنه يترتب على الحكم فيها بالطلاق أو ردة الزوج أن تملك المرأة نفسها .

ثالثاً: أنـه بنصه على أن الدعوى قد تكون لمن ينوب عنه الطالب ، يكون قد شمل الدعاوى التي يرفعها غير أصحاب الحقوق ، من الوكلاء وغيرهم .

رابعاً : أنه بنصه على أن الدعوى تكون بالقول أو الكتابة أو الإشارة ، يكون قد بيـن طبـيعة الدعوى ، فهي تصرف مشروع الأصل فيه أن يكون بوسيلة القول ، ولكنه يجوز أن يتم بواسطة الكتابة أو الإشارة .

خامساً : أن هذا التعريف قد اشتمل على بعض شروط الدعوى ، ككونها بتعبير جازم ، وكونها في مجلس القضاء ، وكونها حال المنازعة ، وباشتماله على تلك الشروط ، يكون قد استبعد الدعاوى الفاسدة التي لم تستكمل الشروط المطلوبة لقبولها .

سادساً : أنـه بنصـه على وجوب أن تكون الدعوى في مجلس القضاء وحال المنازعة ، يكون قد ميز بين الدعوى بمعناها اللغوي والدعوى بمعناها الاصطلاحي ، إذ الدعـوى بمعـناها اللغـوي لا يشـترط فـيها هذان الشرطان بخلاف الدعوى بمعناها الاصطلاحي .

لكل هذا كان هذا التعريف هو الراجح في نظري .

والله تعالى أعلـــم .

المطلب الثاني

مفهوم الدعوى في الفقه القانوني

لــم يضع المقنن المصرى تعريفاً للدعوى ، وهذه ميزة من ميزاته ، فالتعريفات ليست من شأن المقنن ، وإنما هى عمل فقهى يقوم به شراح القانون .

وقــد اختلف الشراح فى تعريف الدعوى اختلافاً كبيراً ، وربما كان هذا الخلاف راجعاً إلى سببــــــين :

أحدهما: تعدد المعانى التى يطلق عليها لفظ الدعوى فى اللغة العربية وفى لغة القانون . وقد مر بنا بيان معانيها فى اللغة العربية [١] . أما فى لغة القانون : فأحياناً تطلق علــى المطالــبة أمام القضاء ، فيقال : رفع شخص الدعوى ، أى قدم طلباً إلى القضاء . وأحياناً أخرى تعنى الادعاء ، فيقال : "**البيــنة على المدعى**" [٢] . وأحياناً يستعمل لفظ الدعــوى بمعــنى الحــق فى حكم بمضمون معين لصالح المدعى ، ومن هذا الكلام عن شــروط دعوى الاسترداد ، أو عن شروط دعوى منع التعرض ، فهنا لا يقصد ما يجب لوجــود المطالــبة أو لإقامــة مجرد الادعاء . وأخيراً تستعمل الدعوى لتعنى مجموعة الإجراءات أمام القضاء ، فيقال : مصاريف الدعوى ، أى المصاريف التى أنفقت بالنسبة لجميع إجراءات الخصومة [٣]

---

(١) تراجع صــ ٣ ، هامش (١) .

(٢) جــزء مــن حديث رواه البيهقى باسناد صحيح إلى ابن عباس رضى الله عنهما ، وبقيته : "**واليمين على المدعى عليه**" ورواه الشافعى والبغوى عن ابن عباس أيضاً ، إلا أنهما زادا عنه : "... وأحسبه قال: "**واليمين على المدعى عليه**" . وعزاه ابن حجر إلى الطبرانى عن ابن عمر رضى الله عنهما بإسناد جيد . وفى رواية للبيهقى عن ابن عباس رضى الله عــنهما : "**لــو يعطــى الــناس بدعواهم لا دعى رجال دماء قوم وأموالهم ، ولكن البينة على المدعى واليــمين عــلى مــن أنكر**". قــال ابن حجر : "وإسنادها حسن" . (السنن الكبرى للبيهقى كتاب السرقة باب ما يستدل به على ترك تضعيف الغرامة ٢٧٩/٨ ، كتاب الدعوى والبيات باب البينة على المدعى واليمين على من أنكر ٢٥٢/١٠ ، مســند الإمام الشافعى ص١٩١ ط دار الكتب العلمية – بيروت – ، شرح السنه للبغوى كتاب الإمارة والقضاء باب البينة على المدعى واليمين على من أنكر ١٠١/١٠ – المكتب الإسلامى – بيروت ط ٢ ، فتح البارى لابن حجر ٥/ ٣٣٤ ، إرواء الغليل للألبانى ٦/ ٣٥٧ (١٩٣٨) ، ٢٧٩/٨ ، ٣٠٧ (٢٦٦١ ، ٢٦٨٥) – المكتب الإسلامى ط ٢)

(٣).د . فــتحى والى ، قانون القضاء المدنى الكويتى ص ٣١ – مطبعة جامعة الكويت سنة ١٩٧٧ ، الوسيط ص ٤٥ سنة ١٩٩٣ .

والآخر : اختلاف الفقه القانونى فى تحديد طبيعة الدعوى وعلاقتها بالحق الموضوعى ، فبينما ذهب البعض منهم ، وهم أصحاب النظرية التقليدية ، إلى أن الدعوى هى الحق نفسه ولكن فى حالة حركة إذا تعرض للعدوان [١] . ذهب بعض آخر منهم إلى أن الدعوى هى عنصر الحماية القانونية فى الحق [٢] وذهب بعض أخير منهم إلى أن الدعوى ليست هى الحق الموضوعى الذى تحميه ، ولا عنصراً من عناصره ، وإنما هى حق قائم بذاته ، يفترض وجود الحق الموضوعى ، ولكنه لا يستلزمه . وهذا ما كاد أن يجمع عليه الفقه الحديث [٣]

ومن هنا اختلفت التعريفات ، حيث قصد كل فقيه بتعريفه معنى معيناً يقصد بالدعوى [٤] ويجسد مذهبه فى علاقتها بالحق الموضوعى . ويمكن رد خلافهم فى ذلك إلى اتجاهات خمسة :

الاتجاه الأول : عرف أصحابه الدعوى بأنها "حق"

فقد عرفها البعض بأنها : " الحق فى الحصول على الحماية القضائية " . أى أنها حق محدد لشخص فى مواجهة شخص آخر مضمونه الحصول على تطبيق القانون فى الحالة المحددة ، ومنح المدعى الحماية القضائية [٥]

---

(١) د. عبد الحميد أبو هيف – المرفقات المدنية والتجارية ص ٣١٤ ، ٣١٥ – مطبعة الاعتماد – القاهرة سنة ١٣٤٠ هـ – ١٩٢١ م .

(٢) د. عبد المنعم الشرقاوى – الوجيز فى المرافعات المدنية والتجارية ص ٢٢ – دار النشر للجامعات المصرية – القاهرة سنة ١٩٥١م ، د. أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية ص ١١٥ – منشأه المعارف – الإسكندرية ط ١٤ .

(٣) د. فتحى والى – قانون القضاء المدنى الكويتى ص ٣٦ ، ٣٧ ، د. أحمد أبو الوفا – نظرية الدفوع فى قانون المرافعات ص ٧٩٠ وما بعدها – منشأه المعارف – الإسكندرية – ط ٦ سنة ١٩٨٠م ، المرافعات المدنية والتجارية ص ١١٤ ، د. رمزى سيف – الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ص ٩٣ ، ٩٤ دار النهضة العربية – القاهرة ط ٧ سنه ١٩٦٧م ، د. محمد حامد فهمى – المرافعات المدنية والتجارية ص ٣٥٠ – مطبعة فتح الله إلياس – القاهرة سنه ١٣٥٩ هـ – ١٩٤٠ م ، د. عزمى عبد الفتاح – نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدنى ص ط ١ سنه ١٩٨٦م .

(٤) د. حامد أبو طالب – محاضرات فى قانون المرافعات ٢/ ١٦٩ سنة ١٤٢٠ هـ – ٢٠٠٠م .

(٥) د. فتحى والى – قانون القضاء المدنى الكويتى ص ٣٣ ، الوسيط ص ٤٦ .

وقد أخذ على هذا التعريف : أنـــه يعلق وجود الدعوى على نجاحها، إذ هو لا يعـــترف بالدعوى إلا لصاحب الحق ، وهو ما لا يمكن معرفته إلا بعد مباشرة الدعوى ، وفـــي هـــذا مصادرة على المطلوب ، فضلا عن أن في هذا خلطاً بين الغاية التي يهدف المدعى إلى تحقيقها ، وبين الوسيلة المتبعة لتحقيق هذه الغاية [١]

ورد على ذلك : بان هذا ما تمليه طبيعة الدعوى باعتبارها حقاً ، فالدعوى وسيلة لحماية الحق الموضوعى ، ولا يتصور الاعتراف بهذه الوسيلة إلا لمن لديه الحق ، وإلا أصبحت وسيلة لحماية صاحب الحق ومن ليس صاحبه [٢]

وعـرفها الـبعض بأنهـا : " الحـــق المقـــرر لكل إنسان في الالتجاء إلى القضاء للحصول على حق مجحود أو مغتصب " [٣]

وأخذ على هذا التعريف : أنـــه يعبر عن الدعوى بأنها حق ، وهو ما يفتقر إلى الدقة والصحة ، بالإضافة إلى أن ذلك ما كان يأخذ به القانون الرومانى ، الذى كان يرى فـــي الدعوى حقاً يجب على المدعى أن يحصل على إذن برفعها من القاضى ، وكان هذا الإذن ينشـــئ حقـــاً جديداً للمدعى يتميز عن الحق الأصلى الذى حصل بسببه على الإذن بالمقاضـــاة وكـــان بصدور ذلك الإذن يختفى الحق الأصلى ، ويظهر حق جديد هو حق الدعوى ، ومن هنا جرى التعبير بان الدعوى حق [٤] .

الاتجاه الثانى : عرف أصحابه الدعوى بأنها : " **وسيلة قانونية** " .

(١) د. إبراهيم نجيب سعد القانون القضائى الخاص ١/ ١٢٨ .

(٢) د. فتحى والى – الوسيط ص ٤٧ .

(٣) د. عبد الفتاح السيد بك – الوجيز فى المرافعات المصرية ص ٣٠٦ – مطبعة النهضة – القاهرة – ط ٢ سنه ١٣٤٢ هـ – ١٩٢٤م .

(٤) د. عبد المنعم الشرقاوى – نظرية المصلحة فى الدعوى – رسالة دكتوراه – القاهرة – سنه ١٩٤٦م صـ ١٢ .

فقد عرفها البعض بأنها : " وسيلة قانونية يتوجه بها الشخص إلى القضاء للحصول على تقرير حق له أو حمايته " [1].

ويتضح من هذا التعريف أن الدعوى وسيلة لحماية الحق ، وليست في ذاتها حقاً آخر إلى جوار الحق الذى تحميه ، وأن هذه الوسيلة تتميز عن الوسائل القانونية الأخرى لحماية الحقوق ، كطرق التنفيذ ، والدفاع الشرعى ، وحق الحبس ، بأنها ترفع إلى المحاكم ، أى أنها حماية عن طريق سلطة القضاء [2].

كما أن هذا التعريف يتميز بأنه يؤدى إلى التوسع فى سلطة القضاء ، إذ لم تعد الدعوى فى هذا النظر مقصورة على المطالبة بما هو واجب فى ذمة المدعى عليه للمدعى وإلزامه بأدائه إليه ، بل تمتد فضلاً عن ذلك لتشمل المطالبة بتقرير حقوق المدعى ، إذا كان وجودها أو مقدارها متنازعاً فيه [3].

وقد أخذ على هذا التعريف : أنه تعريف ناقص ، لأنه يقصر الدعوى على الحالات التى تستند فيها إلى حق ذاتى ، مع أن هناك حالات تقبل فيها الدعوى أمام القضاء ولو أنها لا تستند إلى حق ذاتى لرافعها ، كالدعوى التى ترفعها نقابة من النقابات للدفاع عن مهنة من المهن ، فمثل هذه الدعوى لا تقوم على حق ذاتى للنقابة ، إذ إنه لم يعتد على مصلحة ذاتية للنقابة [4].

الاتجاه الثالث: عرف أصحابه الدعوى بأنها " سلطة " .

---

(١) د. عبد المنعم الشرقاوى ، د.عبد الباسط جميعى – شرح قانون المرافعات الجديد ص ٢٠ ط دار الفكر العربى – القاهرة – ، وقريب من هذا د. رمزى سيف – الوسيط فى شرح قانون المرافعات ص ٩٢ ، د. أحمد السيد صاوى – الوسيط ص ١٩٤ ، ٤٨٥ ط دار النهضة العربية – القاهرة – ، د. محمد حامد فهمى – المرافعات المدنية والتجارية ص ٣٥٦ ، د. مصطفى كامل كيرة . قانون المرافعات الليبى ص ٢٣٧ ط دار صادر – بيروت – سنة ١٩٧٠م

(٢) د. عبد المنعم الشرقاوى – الوجيز فى قانون المرافعات ص ٢٢ ، د. أحمد أبو الوفا – نظرية الدفوع ص ٧٨٨ .

(٣) د. الشرقاوى ، د. جميعى – شرح قانون المرافعات الجديد ص ٢٠ ، د. الشرقاوى – الوجيز ص ٢٢ .

(٤) د. رمزى سيف – الوسيط ص ٩٢ .

فقد عرفها البعض بأنها : "سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الحصول على تقرير حق أو حمايته" [١]

وقد أخذ على هذا الاتجاه : أنه يخلط بين حق أو سلطة الالتجاء إلى القضاء وبين الحق فى الدعوى ، وهو ما لا ينبغى أن يكون ، ذلك أن الاصطلاحين يدلان على فكرتين مختلفين فالالتجاء إلى القضاء حق عام مقرر للكافة ، لا يجوز النزول عنه ، ولا ينقضى بالتقادم أو بأى سبب من أسباب الانقضاء ، فى حين أن الحق فى الدعوى هو حق محدد مقرر لشخص معين هو من حدث على حقه اعتداء يبرر حصوله على الحماية القضائية ، وهو باعتباره حقاً محدداً يمكن النزول عنه ، كما أنه ينقضى بالتقادم [٢] ، ولهذا فإن الشخص يكون له حق الالتجاء إلى القضاء دائماً ، ولكن قد يكون لديه الحق فى دعوى معينة ، مثلاً كدعوى استحقاق عقار معين ، وقد لا يكون لديه هذا الحق. [٣]

الاتجاه الرابع : عرف أصحابه الدعوى بأنها "**ادعاء قانونى**" .

فقد عرفها البعض بأنها : ادعاء قانونى لدى القضاء . ويقصد بالادعاء القانونى ، تأكيد شخص لحقه أو مركزه القانونى قبل شخص آخر بناء على واقعة أساسية معينة [٤]

وقد أخذ على هذا الاتجاه : أنه يخلط بين الدعوى والادعاء ، وهو ما لا ينبغى أن يكون ، إذ إن لكل شخص – بموجب حقه فى الالتجاء إلى القضاء – أن يطرح ادعاءه أمام المحكمة ، ولكن قيام هذا الإدعاء أمام المحكمة لا يعنى أن لصاحبه الحق فى الدعوى ، ذلك أن الحق فى الدعوى لن يعرف إلا بصدور الحكم ، وبالتالى فالدعوى باعتبارها

---

(١) د. أحمد أبو الوفا – نظرية الدفوع ص ٧٨٧ ، المرافعات المدنية والتجارية ص ٢١٢ ، أصول المحاكمات المدنية ص ١١٨ – مكتبة مكاوى ط ٢ سنة ١٩٧٩م ، وقريب من هذا أ. محمد العشماوى ، د. عبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات فى التشريع المصرى المقارن ص ٥٥٤ – المطبعة النموذجية – القاهرة – سنة ١٣٧٦ هـ – ١٩٥٧م ، حيث عرفا الدعوى بأنها : "السلطة المخولة لكل شخص له حق يعترف القانون بوجوده ، فى أن يطلب حماية القضاء ، لإقرار هذا الحق إذا جحد ، أورد الاعتداء عنه أو استرداده إذا سلب" .

(٢) د. فتحى والى – قانون القضاء المدنى الكويتى ص ٣٣ ، الوسيط ص ٤٨ .

(٣) د. فتحى والى – الوسيط ص ٤٨ .

(٤) د. وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى ص ٧٦ .

وسيلة لحماية الحقوق والمراكز القانونية ، تختلف عن الادعاء ، لأن الذى يحقق الحماية ليس مجرد الادعاء أو الحق فيه ، وإنما الحق فى الحصول على حكم يحقق هذه الحماية بواسطة القضاء . كما أن الدعوى توجد بمجرد الاعتداء على الحق ، ولو قبل بدء الخصومة ، أما الادعاء فإنه لا يوجد إلا برفعه أمام القضاء[1]

الإتجاه الخامس : عرف أصحابه الدعوى بأنها " المطالبة القضائية " .

فقد عرفها البعض بأنها : " الطلب الذى يرفع إلى القضاء للحصول على حكم باقتضاء حق أو حمايته أو تقريره "[2]

وقد أخذ على هذا التعريف أن القول به يؤدى إلى نتيجة منطقية يصعب التسليم بها ، وهى أن كل طلب قضائى صحيح يتضمن دعوى مقبولة ، مع أن هذا لا يصدق ، إذ إن هناك حالات كثيرة يكون فيها الطلب صحيحاً مستوفياً لعناصره ومقتضياته المطلوبة ومع ذلك يتضمن دعوى غير مقبولة ، لعدم توافر شروط الحق فيها ، ويصدر القاضى حكماً بعدم قبولها لذلك[3]

التعريف المختار

مما سبق يتبين لنا أن جميع التعريفات لم تخل من النقد ، إلا أن أقرب هذه التعريفات إلى الواقع وإلى المعنى اللغوى للدعوى والمعنى الاصطلاحى لها عند فقهاء الشريعة هو التعريف الأخير الذى بين أن الدعوى : " **الطلب الذى يرفع إلى القضاء للحصول علَ حكم باقتضاء حق أو حمايته أو تقريره** " ولذا كان هو المختار فى نظرى .

(١)د . فتحي والى ـــ قانون القضاء المدني الكويتي ص ٣٣ ، الوسيط ص ٤٨ ، ٤٩ . وهذا التمييز أخذ المقنن الفرنسي ، حيث نص في المادة (٣٠) من قانون المرافعات على أن الدعوى بالنسبة للمدعى هي الحق في أن يسمعه القضاء بشأن ادعائه حول ما إذا كان الادعاء على أساس أم لا . وبالنسبة للمدعى عليه هي حقه في مناقشة أساس هذا الادعاء (أشار إليها د.فتحي والى في الوسيط / ٤٩ هامش ١) .

(٢) د . أحمد مسلم ـــ أصول المرافعات ص ٣٠٩ ط دار الفكر العربي ـــ القاهرة سنة ١٩٦٨م وقريب من هذا ما قال به د . محمد حامد فهمي في المرافعات ص ٣٥٦ ، حيث يقول بعد أن عرف الدعوى بأنها " وسيلة قانونية يتوجه بها الشخص إلى القضاء لكى يحصل على تقرير حق له أو حمايته " ..... " الدعوى ينظر إليها هنا لا باعتبار أنها حق الالتجاء إلى القضاء ، ولكن باعتبار أنها هى الالتجاء إلى القضاء فعلاً ، أو أنها ـــ بعبارة أخرى ـــ هى المطالبة القضائية " أ . هـ

(٣) د . محمود هاشم ـــ قانون القضاء المدنى ٣٢/٢ ط ١٩٨١م .

أمـــا مـــا وجه إليه من نقد ، فهو نقد ضعيف ، خاصة وأن الطلب القضائى أحد طريقى استعمال الدعوى ؛ إذ الدعوى تستعمل بطريقى الطلب والدفع كما هو معروف .

والمقصـود بالطلب : العمل أو الإجراء القانونى الذى يبديه شخص أمام المحكمة ويتضمن إدعاء فى مواجهة خصمه ، ليحصل على حكم .

ويعـــرف مقدمــــه بصفة عامة أى بصرف النظر عن المحكمة المقدم إليها الطلب بالمدعى .ويعرف من وجه إليه الادعاء بالمدعى عليه[1] .

فكـــيف لا يصح إطلاق لفظ الدعوى على هذا الطلب رغم أن مقدمه يسمى مدعياً ، ومن قدم ضده يسمى مدعى عليه ؟

ثـــم إن اســـتيفاء الطلب القضائى لعناصره ومقتضياته المطلوبة لا يقتضى بالضرورة أن يتضمن دعوى مقبولة ، فإن هناك من الدعاوى ما تكون مقبولة لاستيفائها شروط القبول، ثم يتضح بالتحقيق أنها كاذبة فهل ظهور كذبها ينفى عنها تسميتها بدعوى ؟

---

(١) د . أمينة النمر ــ الوجيز فى قوانين المرافعات ص ٢٧٠ ، ٢٧١ ط ١٩٩٠ م .

المطلب الثالث
مقارنة بين الفقه الإسلامى
والفقه القانونى فى تعريف الدعوى

بالنظر فى التعريفات السابقة للدعوى فى كل من الفقه الإسلامى والفقه القانونى ، نجـد أن فقهاء الإسلام مختلفون فى تعريف الدعوى ، وفقهاء القانون كذلك مختلفون فى تعريفها إلا أن نظرة إجمالية فى هذه التعريفات يتضح منها أنها فى كلا الفقهين متفقة فى وجهين ، ومختلفة فى عدة وجوه

أما وجها الاتفاق فهما :

١-أن كل التعريفات فى كل من الفقه الإسلامى والفقه القانونى ، قد اتفقت على أن الدعـوى لا تـتم إلا عن طريق الالتجاء إلى القضاء . فهذا الوجه قد اتفقت عليه كل التعريفات وإن اختلفت التعبيرات الدالة عليه

٢-أن كل التعريفات أيضاً فى كل من الفقه الإسلامى والفقه القانونى ، قد اتفقت على أن الهدف من هذا اللجوء إلى القضاء ، هو الحصول على تقرير حق أو حمايته

وأما وجوه الاختلاف فهى :

١- أن بعـض الـتعريفات فـى الفقـه الإسلامى ـ وخاصة تعريف المالكية والـتعريف المخـتار ـ قد أبرز أن الدعوى لا يقتصر إطلاقها على المطالبة بحق ، وإنمـا يمتد ليشمل المطالبة بما يترتب علية حق ، كدعوى الزوجة الطلاق أو الردة علـى زوجها ، فإنه يترتب على الحكم فيها بالطلاق أو ردة الزوج ، أن تملك المرأة نفسها . فى حين ان كل التعريفات فى الفقه القانونى ـ تقريباً ـ قد جاءت خالية من الإشـارة إلى هذا المعنى . وهذه ميزة للفقه الإسلامى ، لأن شأن التعريفات أن تكون جامعة لكل مفردات المعرف .

٢- أن بعـض التعريفات فى الفقه الإسلامى ـ **وخاصة تعريف الحنفية الأول والتعريف المختار** ـ قـد شملت الدعاوى التى يرفعها غير أصحاب الحقوق

لمن ينوبون عنهم ، من الوكلاء أو الأولياء أو غيرهم . فى حين أن كل التعريفات فى الفقه القانونى -تقريباً- أيضاً قد جاءت خالية من الإشارة إلى ذلك . وهذه ميزة أخرى للفقه الإسلامى تضاف إلى سابقتها .

٣-أن جل تعريفات الفقه الإسلامى متسقة ومتمشية تماماً مع المعانى اللغوية لهذه الكلمة بخلاف الوضع فى الفقه القانونى ، فلم نرمن تعريفاته للدعوى ما يتمشى مع المعانى اللغوية لهذا اللفظ ، إلا النذر اليسير . وهذه ميزة تمتاز بها نظرة الفقه الإسلامى للمعانى الاصطلاحية للألفاظ والمصطلحات العلمية ؛ إذ إن الاصطلاح السليم ، هو الذى لا يقطع كل علاقة بين المعنى اللغوى والمعنى الجديد ، وإلا اتسم هذا الاصطلاح بالتكلف الشديد . وقد راعى فقهاء الشريعة ذلك مراعاة تامة .

٤- أن جل تعريفات الفقه الإسلامى للدعوى ، تتسم بالدقة والواقعية والشمولية لأغلب - إن لم يكن كل - أقسام وأركان وشروط الدعوى . بخلاف الوضع فى الفقه القانونى ، فلم نرمن تعريفاته ما يستجمع هذه الأسس الهامة ، والتى إن تضمنها التعريف ، أحاط القارئ علماً مسبقاً ، أو على الأقل تمهيداً موجزاً أو صورة مصغرة لمفردات المعرف ومحتوياته وأحكامه .**وهذه ميزة أيضاً للفقه الإسلامى تضاف إلى سابقاتها** ..

والله تعالى أعلم .

المبحث الثاني

سبب الدعوى في الفقه الإسلامي والفقه القانوني

يطلق السبب لغة على معان متعددة منها :

١ـ **الحبل** ومنه قوله تعالى : ﴿ **فليمدد بسبب إلى السماء**[١] ﴾ أي بحبل إلى السقف[٢] . وتقول : أنقطع السبب أي الحبل .

٢ـ **الطريق** : ومنه قوله تعالى: ﴿ **إنا مكنا له في الأرض وآتيناه من كل شئ سببا**[٣] ﴾ اى يسرنا له الطرق والوسائل لفتح الأقاليم والبلاد [٤] ﴿ **فأتبع سببا** ﴾ [٥] أي منزلا وطريقا ما بين المشرق والمغرب[٦] . وتقول : مالى إليه سبب ، أي طريق .

٣ـ **الباب** : ومنه قوله تعالى حكاية عن فرعون : ﴿ **يا هامان ابن لي صرحا لعلى أبلغ الأسباب أسباب السماوات فاطلع إلي إله موسى**[٧] ﴾ أي أبوابها ، أو نواصيها ،أومراقيها[٨]

وهذه المعاني كلها مردها إلى معنى أصلي واحد ، عبر عنه صاحب التعريفات بقوله السبب في اللغة : اسم لما يتوصل به إلى المقصود[٩] .

أما في اصطلاح الأصوليين والفقهاء : فهو الذي يلزم من وجوده الوجود ، ومن عدمه العدم لذاته[١٠] .

وفيما يلي أبين ـ **بمشيئة الله تعالى** ـ سبب الدعوى في الفقهين الإسلامي والقانوني ، ثم أقوم بعقد مقارنة بينهما وذلك في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : سبب الدعوى في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : سبب الدعوى في الفقه القانوني .

المطلب الثالث : موازنة بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني في سبب الدعوى .

---

(١) من الآية ١٥ من سورة الحج .
(٢) تفسير ابن كثير ٢١٦/٣ .
(٣) الآية ٨٤ من سورة الكهف .
(٤) تفسير ابن كثير ١٠٤/٣ ، تفسير الفخر الرازى ١٦٦/٢١ .
(٥) الآية ٨٥ من سورة الكهف .
(٦) تفسير ابن كثير ١٠٤/٣ .
(٧) الآيتان ٣٦ ، ٣٧ من سورة غافر .
(٨) تراجع هذه المعاني في أساس البلاغة للزمخشرى ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ط دار صادر – بيروت – سنة ١٣٩٩هـ – ١٩٧٩ م ، لسان العرب ٤٥٨/١ ، ٤٥٩ ، المصباح المنير مادة " سبب " ٢٦٢/١ ، المعجم الوسيط ٤١١/١ ، التعريفات للجرجاني ص ١٥٤ .
(٩) التعريفات للجرجاني ص ١٥٤ .
(١٠) الفروق للقرافي ١/ ٦٢ .

المطلب الأول

سبب الدعوى في الفقه الإسلامي

سبب الدعوى في الفقه الإسلامي هو إرادة تحصيل الحقوق ، التي يترتب عليها بقاء النوع الإنساني عامة ، أو شخص الطالب خاصة ، ممن تعدى عليها[١] .

ذلك أن المدعى به إما أن يرجع إلى النوع الإنساني عامة[٢] ، وذلك كالدعوى بأن هذا المحل طريق عائد للعامة [٣] . وكدعاوى النكاح وما يتعلق به[٤] . وإما أن يرجع إلى الشخص خاصة ، وذلك كدعاوى الأموال بجميع أنواعها وما يرتبط بها[٥] .

وعلـــى ذلك فمشروعية الدعوى لم تكن لذاتها ، وإنما لما يحصل بالحكم فيها من انقطـــاع للفســـاد الـــذي يؤمـــل حصـــوله في حالة بقاء الدعوى . والدعوى أصل شرع لاستحصال صاحب الحق على حقه ممن تعدى عليه ، ولمنع الفساد والاختلاف [٦]

---

(١) العناية وتكملة الفتح ١٥٢/٨ ، ١٥٣ ، الأصول القضائية للشيخ على قراعة / ٤ .

(٢) المراجع السابقة ، درر الحكام ١٥٠/١٤ .

(٣) درر الحكام ١٤ / ١٥٠ .

(٤) الأصول القضائية / ٤ .

(٥) درر الحكام ١٥٠/١٤ ، العناية وفتح القدير ١٥٣/٨ ، الأصول القضائية ص ٤ .

(٦) درر الحكام ١٥٠/١٤ .

المطلب الثاني

سبب الدعوى في الفقه القانوني

ترمى فكرة السبب بالتعاون مع المحل – إلى تحديد معالم الشيء المطلوب القضاء به من الناحية الموضوعية ، فهذا الشيء لا يتحدد فقط بتحديد ماذا يطلب المدعى من القضاء (أي المحل) ، وإنما أيضاً بتحديد سبب هذه الحماية القضائية(١) .

وقد تعددت الآراء حول تحديد السبب المنشىء للدعوى ، ولكنها لا تخرج عن اتجاهين:

الاتجاه الأول :يرى أصحابه أن سبب الدعوى هو القاعدة القانونية التى تستند إليها(٢) ، أي أنـــه هو نفسه سبب الحق الذي شرعت الدعوى من أجل حمايته . فالسبب الناقل أو المنشىء للحق ينقل من هذا الحق أو ينشىء حقاً آخر هو دعوى الملكية ، يظهر بوضوح عـــندما يصـــبح هذا الحق متحركاً بالاعتداء عليه . ولا يعتبر هذا الاعتداء سبباً للدعوى عـــندهم ، وإنمـــا يعتبر محركاً لذلك الحق من كُمُونه ، فيظهر بعد أن كان كامناً(٣) . وقد تبنى هذا الرأي أصحاب مذهبين في تحديد علاقة الدعوى بالحق وهم :

١ - **أصحاب المذهب التقليدى** ، حيـــث يعتبرون الدعوى والحق المحمى بها شيئاً واحداً ، فيكون سببهما المولد لهما واحداً أيضاً .

٢ـ**أصحاب المذهب الـذي يعتبر الدعـوى عنصراً من عناصر الحق** ، فإنهم ذهـــبوا إلى أن السبب المنشىء للحق يولد الحق بعنصريه :**المصلحة المادية أو الأدبية** ، **والحمايـة القانونـية لتلك المصلحة** ، وهذا الأخير هو الدعوى ، فيكون سببها هو ذلك السبب المولد للحق ، وهو تلك الواقعة القانونية المنشئة للحق من عقد أو إرادة منفردة أو فعل ضار أو إثراء بلا سبب أو نص قانوني(٤) .

---

(١) د. فتحي والى قانون القضاء المدنى الكويتى ص ٥٠ ، الوسيط ص ٧٣ .

(٢) المرجعان السابقان – نفس الموضعين

(٣) د. عبد الحميد أبو هيف ـــ المرافعات المدنية والتجارية ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ ،د. أحمد أبو الوفا ـــ نظرية الدفوع ص ٧٨.

(٤) د. أبو هيف ـــ المرافعات المدنية والتجارية ص ٣٠٨ ، د أحمد مسلم ـــ أصول المرافعات ص ١٩٥ د محمد حامد فهمى – المرافعات المدنية والتجارية ص ١٧٨ ، د أحمد أبو الوفا ـــ المرافعات المدنية والتجارية ص ١١٥ ، د محمد نعيم ياسين ـــ نظرية الدعوى ١/١٧٨ ، ١٧٩ .

وتطبيقاً لذلك :قضت محكمة النقض بأن المستأجر حين يطالب المؤجر بتسليم العين المؤجرة ، يكون السبب في دعواه هو عقد الإيجار . وكذلك فإن سبب الدعوى بتقرير ملكية منزل قد يكون مثلاً هو عقد البيع أو التقادم المكسب[١] .

ومن أحكام السبب بهذا المفهوم: أن المحكمة لا يجوز لها أن تغير سبب الدعوى الذي أقام المدعى دعواه عليه ، بل يجب أن تلتزمه ، وتقصر بحثها عليه . ومنها أيضاً أنه إذا اقيمت المسئولية على سبب قانوني ، فإنه لا موجب لمناقشة باقى الأسباب التى يركن إليها المدعى[٢] .

الاتجاه الثاني : يرى أصحابه أن سبب الدعوى هو مجموعة الوقائع القانونية المنتجة التي تؤدى إلى منح الحماية القانونية ، أي التي تؤدى إلى تطبيق الدعوى القانونية بواسطة القضاء[٣] ، أي أن حق الدعوى لا يقوم ولا يوجد إلا إذا حصل نزاع حول الحق الموضوعى ، فيكون هذا النزاع سبباً للدعوى عند أصحاب هذا الاتجاه[٤] .

وقد ذهب إلى هذا الرأي أصحاب النظرية الحديثة في تحديد العلاقة بين الدعوى والحق الموضوعى الذي تحميه ، حيث يرون أن الدعوى تعتبر حقاً مستقلاً عن الحق الموضوعى ، وهذا ما يؤدى بالضرورة إلى اختلاف السبب في كل منهما[٥] .
وهذا هو الاتجاه الراجح في الفقه القانوني [٦]، والذى استقر عليه قضاء النقض [٧].

---

[١] نقض مدنى ١٩٦٤/١/٩ طعن رقم ٥٦ لسنة ٢٩ ق – مجموعة المبادىء القانونية التي قررها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ للمستشار أنور طلبة ١٢٠/٨ – المكتب الجامعى الحديث الإسكندرية ــ سنة ١٩٩١ م .

[٢] مجموعة القواعد القانونية التي قررها محكمة النقض في خمس سنوات – من سنة ١٩٦١ إلى سنة ١٩٦٦ أ. السيد خلف محمد ص ٥١٠ ط١ سنة ١٩٨٢ ــ ١٩٨٣ م .

[٣] د. فتحى والى – قانون القضاء المدنى الكويتى ص ٥٠ ، الوسيط ص ٧٣ .

[٤] د . رزق الله أنطاكى – الوجيز في أصول المحاكمات ص ١٣ .

[٥] د. فتحى والى ــ الوسيط ص ٥٢ ، د .رمزى سيف الوسيط ص ٩٣ ، ٩٤ ،د. أحمد أبو الوفا– نظرية الدفوع ص ٧٩٠ ، د. عبد الحكم شرف ، د . السعيد الإزمازى – دراسات في قانون المرافعات،ص ٢٨٧

[٦] د. فتحى والى– الوسيط ص ٧٣ ، د. عبد الحكم شرف ، د.السعيد الإزمازى– دراسات في قانون المرافعات / ٢٨٦

[٧] نقض مدنى ١٩٨٦/١٢/٢٢ – طعن رقم ١٨٠٦ لسنة ٥١ ق – الموسوعة الشاملة للأحكام الصادرة من الهيئة العامة والجمعية العمومية لمحكمة النقض من سنة ١٩٥١ حتى سنة ١٩٩٤ م للمستشار عبد المنعم الشربينى ص ٣٨١ ط١ سنة ١٩٩٥ .

وعليه فيمكن أن يكون للدعوى أكثر من سبب ، فدعوى المؤجر ضد المستأجر بطلب إخلاء العين المؤجرة ، يمكن ان تتعدد أسبابها بتعدد الوقائع التي تجيز للمؤجر الحق في الإخلاء .

وتطبيقاً لذلك :قضت محكمة النقض بأنه : " لما كان البين من الأوراق أن الطاعنة قد أقامت دعواها بإخلاء المطعون ضدهما الأولين من العين المؤجرة على سند من تأجير أولهما العين من باطنه للمطعون ضده الثاني بدون موافقتها ، وتأخره عن الوفاء بالأجرة ، وصدور قرار من الجهة المختصة بإزالة العين حتى سطح الأرض ، فتكون قد استمدت حقها في الطلب من كل هذه الأسباب ، وإذ قضى الحكم المستأنف بالإخلاء على سند من ثبوت واقعة التأجير من الباطن دون إذن من المالك ، وأفصح عن عدم جدوى التعرض إزاء ذلك للأسباب الأخرى . وألغت محكمة الإستئناف هذا الحكم؛ لما ثبت إليها من انتفاء واقعة التأجير من الباطن ، دون أن تعرض لباقى الأسباب التي لم تتنازل عنها الطاعنة ، بل وتمسكت بها صراحة أمامها ، فإنها تكون قد خالفت القانون بما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه ، دون حاجة لبحث باقى الأسباب[١] "

كما أن المدعى هو الذي يحدد الوقائع القانونية أساس دعواه .

ولكن يلاحظ أنه ليس كل واقعة يشير إليها المدعى تعتبر سبباً ، وإنما فقط الوقائع القانونية التي تكون منتجة في تكوين الواقعة التي تنطبق عليها القاعدة القانونية في الدعوى المرفوعة . فالوقائع التي يعرض لها المدعى ولا تكون متعلقة بهذا التطبيق أو منتجة بالنسبة له ، لا تدخل في تكوين السبب .

ومن ناحية أخرى ، يجب التفريق بين سبب الدعوى وبين أدلتها . فإذا رفع شخص دعوى إلزام ، إستناداً إلى عقد بينه وبين المدعى عليه ، وقدم لإثبات العقد ورقة

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٦/١٢/٢٢ طعن رقم ١٨٠٦ لسنة ٥١ ق – الموسوعة الشاملة ص ٣٨٦ . وبنحو هذا الحكم قضت في نقض مدنى ١٩٨٣/١/١٢ طعن رقم ٤٥١ س ٤٨ ، نقض مدنى ١٩٨٢/١١/١٨ طعن ٥٢٦ س ٤٨ ق ، ٣١ /١٩٨١/١٢ طعن ٣٤٤ س ٤٧ ق ، ١٩٨١/٥/١٣ طعن ٤٣ ق ، ١٩٨٠/٢/٩ طعن رقم ٥٩٥ س ٤٩ ق (مجموعة المبادئ القانونية التي قررها محكمة النقض منذ إنشائها سنة ١٩٣١ – المستشار أنور طلبة ٤/ ٨٦٢ –).

عرفـــية . فـــإن استناده بعد هذا إلى الشهادة أو الإقرار ، لا يعتبر تغييراً للسبب ، وإنما للأدلة ، فتبقى الدعوى واحدة [١] .

وتطبيقاً لذلك : قضت محكمة النقض بأن " سبب الدعوى هو الواقعة أو الوقـــائع القانونـــية التي يستمد منها المدعى الحق في الطلب ، وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية أو الحجج القانونية "[٢]

---

(١) د . فتحي والي – الوسيط ص ٧٥ .

(٢) نقض مدني ٢٢/١٢/١٩٨٦ طعن رقم ١٨٠٦ لسنة ٥١ ق – الموسوعة الشاملة ص ٣٨١ .

المطلب الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني في سبب الدعوى

بالنظر في سبب الدعوى في كل من الفقهين الإسلامي والقانوني نرى أن الاتجاه الثاني للفقه القانوني ، الذي بين أن سبب الدعوى هو مجموعة الوقائع القانونية التي يستمد منها المدعى الحق في الطلب ، هو الأقرب إلى نظرة الفقه الإسلامي لسبب الدعوى ، والتي ترى أن ذلك السبب هو إرادة تحصيل الحقوق التي يترتب عليها بقاء النوع الإنساني عامة ، أو شخص الطالب خاصة ممن تعدى عليها . إلا أن نظرة الفقه الإسلامي تمتاز عن نظرة الفقه الوضعي بما يلي :

١-أن سبب الدعوى في الفقه الإسلامي – على وجازته – يمتد ليشمل الدعاوى التي لا يطالب المدعى فيها بحق ، وإنما بما يترتب عليه حق كدعوى الوارث أن أباه مات مسلماً أو كافراً ، ليترتب على الحكم بذلك الميراث المعين له ، وكدعوى المرأة الطلاق أو الردة على زوجها ، ليترتب على الحكم بذلك حوزها لنفسها .

وإنما شمل سبب الدعوى في الفقه الإسلامي هذه الدعاوى ، لأنه لم يشترط أن يقع نزاع بين المدعى والمدعى عليه في موضوع الدعوى ، الأمر الذي اشترطه الفقه القانوني ، والذى أدى بدوره إلى عدم شموله لهذه الدعاوى ، إذ إن عنصر المنازعة فيها – تقريباً – غير موجود .

٢-شمولية السبب في الفقه الإسلامي لتلك الدعاوى التي يترتب على تحصيل الحقوق المطلوبة فيها بقاء النوع الإنسانى عامة ، أي الحقوق التي ليس لرافع الدعوى بالمطالبة بها مصلحة شخصية خاصة به . بخلاف الوضع في سبب الدعوى في الفقه الوضعي ، فإنه قصر سبب الدعوى على حدوث نزاع حول الحق الموضوعى ، الأمر الذي لا يكاد يتحقق إلا لمن يمت إلى هذا الحق بصلة قوية ، أي لمن له مصلحة شخصية ومباشرة في

رفع الدعوى ، وإن كان القانون قد أباح رفع الدعوى – على سبيل الاستثناء كما سيأتى إن شاء الله تعالى – ممن ليست له مصلحة شخصية ومباشرة كدعاوى النيابة العامة ودعاوى النقابات والجمعيات وغيرها ، إلا أن السبب الذي ذكره فقهاء القانون لا يتسع ليشمل هذه الدعاوى ، حيث إنها ترفع دون أن يحدث نزاع بين رافعيها والمرفوعة عليهم.

وبالله التوفيق .

المبحث الثالث
أركان الدعوى فى الفقه الإسلامى والفقه القانونى

الأركان جمع ركن . والركن فى اللغة : أحد الجوانب التى يستند إليها الشيء ويقوم بهـــا فركن الشيء : جانبه الذى يسكن إليه . ويستعار للقوة ، قال تعالى حكاية عن سيدنا لوط عليه السلام : " قال لو أن لى بكم قوة أو آوى إلى ركن شديد " [١] . وفى المصباح : " أركان الشيء : أجزاء ماهيته " [٢] وفى المعجم الوسيط :" الركن جزء من أجزاء حقيقة الشيء ، يقال ركن الصلاة وركن الوضوء ".[٣]

وفى الاصطلاح : يختلف معناه عند الحنفية عنه عند الجمهور :

فهـو عـند الحنفـية : ما يكون قوام الشيء ، بحيث يعد جزءاً داخلاً فى ماهيته [٤]. وذلك كالإيجاب والقبول بالنسبة للعقد ، وصيغة الدعوى بالنسبة للدعوى . وعلى هذا فلا يعتبر الفاعل ركناً فى فعله عند الحنفية ، لأنه ليس جزءاً داخلاً فى ماهيته ، وإن كان لابد منه لقيام الفعل .

أما عـند الجمهـور : فالركن هو ما لابد منه لتصور الشيء ووجوده ، سواء أكان جـــزءاً منه أم مختصاً به [٥] . أو هو ما تتكون منه حقيقة الشيء ، ولا تثبت ماهيته ثبوتاً حسياً إلا به [٦] وذلك كالعاقدين بالنسبة للعقد ، والمدعى والمدعى عليه بالنسبة للدعوى . وعليه فالفاعل ركن فى التصرف ، إذ لابد منه لتصور الشيء ووجوده .

وهـذا ما أميل إليه وأختاره ، نظـــراً لوجاهته ، إذ كيف نقصر الركن على الفعل وفقط ، فى الوقت الذى لا يمكن تصور قيام هذا الفعل بدون فاعل ؟ وإذا كان الفاعل هو المؤثر فى قيام الفعل ، بل هو المنشئ له ، فكيف لا يكون ركناً فى التصرف ؟

---

(١) الآية ٨٠ من سورة هود . التوقيف على مهمات التعاريف للمناوى تحقيق د. محمد رضوان الداية ص ٣٧٣ ط١ دار الفكر المعاصر – بيروت – سنة ١٤١٠هـ – ١٩٩٠م ، الصحاح للجوهرى ٢١٢٧/٥ .

(٢) المصباح المنير للفيومى ٢٣٧/١ .

(٣) المعجم الوسيط ١/ ٣٧٠ .

(٤) التلويح على التوضيح للتفتازانى ٢ /١٣١ ط دار الكتب العلمية – بيروت – .

(٥) الفقـــه عـــلى المذاهـــب الأربعة للشيخ عبد الرحمن الجزيرى ٢٠٣/١ تحقيق : كمال الجمل وآخرين ط ١ سنة ١٤١٩هـ – ١٩٩٩م – مكتبة الإيمان – المنصورة – .

(٦) الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبى زهرة ص ١٧٦ هامش (١) ط ١ دار الفكر العربى – القاهرة – سنة ١٤١٦هـ – ١٩٩٦م .

وعلى ذلك فأركان الدعوى فى الفقه الإسلامى ثلاثة :

أ- المدعي والمدعى عليه ، ويمكن أن يعبر عنهما بـ " طرفى الدعوى "

ب-المدعى به. ويمكن أن يعبر عنه بـ " محل الدعوى " .

ج- القول أو ما يقوم مقا مه من كتابة أو إشارة.ويمكن أن يعبر عنه بـ "الصيغة "

وفى الفقه القانونى ، للدعوى ثلاثة أركان أيضاً :

أ -المدعى ب -المدعى عليه ج -المدعى به .

وفى هذا المبحث أبين - بمشيئة الله تعالى - هذه الأركان فى كل من الفقه الإسلامى والفقه القانوني - بشيء من الإيجاز - ، وذلك فى مطلبين ، أتبعهما بمطلب ثالث للمقارنة بين أركان الدعوى فى الفقه الإسلامى والفقه القانونى .

المطلب الأول
أركان الدعوى فى الفقه الإسلامى

خلصنا إلى أن للدعوى فى الفقه الإسلامى ثلاثة أركان هى : المدعى والمدعى عليه " طرفا الدعوى " . والمدعى به " محل الدعوى " . والقول أو ما يقوم مقامه من كتابة أو إشارة " الصيغة " .

وفى فروع ثلاثة أبين هذه الأركان بيانا موجزاً :

الفرع الأول
طرفا الدعوى

طرفا الدعوى هما المدعى والمدعى عليه . وقد يكون كل منهما مدعياً عليه ، وذلك كما لو اختلفا فى العقد ، فادعى كل منهما أن الثمن غير الذى ذكره صاحبه [1]

وقــد اجــتهد الفقهاء اجتهاداً كبيراً فى وضع تعريف لكل من المدعى والمدعى عليه ، موضـــح لحقيقة كل منهما، مانع من وقوع الاشتباه بينهما . وذكروا لذلك تعاريف كثيرة أهمها :

١-**أن المدعى** : من يستدعى على الغير بقوله ، وإذا ترك الخصومة لا يجبر عليها . والمدعى عليه : من إذا تركها يجبر عليها . أى على الجواب .

---

[1] المغنى والشرح الكبير ١٢ / ١٦٣ .

أو بعبارة أخرى : المدعى : من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه ، وإذا سكت ترك والمدعى عليه : المطالب ، وإذا سكت لم يترك .

إلى هذا ذهب معظم الحنفية ، وبعض المالكية ، والشافعية فى الظاهر ، وبعض الحنابلة ، وبعض الزيدية ، وبعض الإباضية [١] .

٢ـ المدعى : من تجرد قوله حال الدعوى عن مصدق من أصل أو معهود عرفاً والمدعى عليه : من تمسك بأصل أو عرف .

أو بعبارة أخرى: المدعى : من يخالف قوله الظاهر . والمدعى عليه : من يوافق قوله الظاهر .

وإلى هذا ذهب عامة المالكية ، والشافعية فى الأظهر ، وجمهور الزيدية ، وبعض الإباضية [٢]

٣ـ المدعى : من يضيف إلى نفسه استحقاق شيء على الآخر . والمدعى عليه : من يضاف استحقاق شيء عليه .

أو بعبارة أخرى: المدعى : من يلتمس قبل غيره لنفسه عيناً أو ديناً أو حقاً والمدعى عليه : من يخبر عما فى يد نفسه لنفسه .

---

(١) المبسوط للسرخسى ١٧ /٣١ ، بدائع الصنائع للكاسانى ٣٤٣/٦ ط ١ دار الفكر – بيروت – سنة ١٤١٧ هـ – ١٩٩٦م ، البحر الرائق ١٩٣/٧ ، معين الحكام للطرابلسى ص٢٢٦ ط ٢ سنة ١٣٩٣هـ – ١٩٧٢م ، لسان الحكام لابن الشحنة ص ٢٢٦ – مطبوع مع معين الحكام ، الأصول القضائية ص ٦ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ١/ ٩٩ ط دار الكتب العلمية – بيروت – ، أدب القضاء لابن أبى الدم ص ١٨٥ تحقيق د. محمد مصطفى الزحيلى ط ٢ دار الفكر المعاصر بيروت – سنة ١٤٠٢هـ – ١٩٨٢م الوجيز فى فقه مذهب الإمام الشافعى للغزالى ٢٦٠/٢ ، ط دار المعرفة – بيروت – سنة ١٣٩٩هـ – ١٩٧٩م ، البيان فى مذهب الإمام الشافعى للإمام العمرانى تحقيق قاسم محمد النورى ١٣ / ١٥٣ ط ١ دار المنهاج ، مغنى المحتاج ٥٨٩/٤ ، المغنى والشرح الكبير ١٦٣/١٢ ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى ٣٩٧/٧ – مكتبة العبيكان – الرياض ط ١ سنة ١٤١٣هـ – ١٩٩٣م ، البحر الزخار ٥/ ٣٨٥ ط دار الكتاب الإسلامى – القاهرة – ، السيل الجرار للشوكانى تحقيق محمود إبراهيم زايد ١٤٠/٤ ، ١٤١ ط ١ دار الكتب العلمية – بيروت – سنة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م ، الإقناع فى فقه مذهب الإمام أحمد للحجاوى المقدسى ٤١٩/٤ ط دار المعرفة – بيروت – ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ٣٩/١٣ ط٣ سنة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م – مكتبة الإرشاد جدة –

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ١٤٣/٤ ، ١٤٤ ط دار إحياء الكتب العربية – القاهرة – ، الفروق للقرافى ١٦٠/٤ ، الذخيرة للقرافى ٨/٥ ، مواهب الجليل للحطاب والتاج والإكليل للمواق ١١٩/٨ ط ١ دار الكتب العلمية – بيروت – سنة ١٤١٦ هـ – ١٩٩٥م ، القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٩٦ ط دار الكتاب العربى – بيروت – ، الوجيز للغزالى ٢٦٠/٢، البيان للعمرانى ١٥٣/١٣، أدب القضاء لابن أبى السلم ص ١٨٧ ، المنهاج مع مغنى المحتاج ٥٨٩/٤ ، نهاية المحتاج ٣٣٨/٨ ، ٣٣٩ ، حاشية البجيرمى على شرح الخطيب ٣٤٧/٤ ط دار المعرفة –بيروت– ، التاج المذهب فى أحكام المذهب للصنعانى الزيدى ٣/٤ – مكتبة اليمن الكبرى ، شرح كتاب النيل ١٣/ ٤٠ .

وإلى هذا ذهب جمهور الحنابلة ، وبعض الحنفية ، وبعض الإباضية [١]

٤ـ المدعى : من يثبت ، بأن يقول : قد كان كذا . والمدعى عليه : من ينكر ، بأن يقول: لم يكن .

وإلـــى هـــذا ذهب محمد بن الحسن [٢] من الحنفية ، كما حكى عن سعيد بن المسيب [٣] رضى الله عنه [٤] .

التعريف المختار :

فـــى المفاضلة بين هذه التعريفات وبعضها ، نرى أن التعريف الأول ، الذى ذهب إليه معظـــم الحنفـــية ومـــن معهم هو الراجح وهو أقربها فى الدلالة على المقصود منه ، إذ **المقصود مـــن هـــذه التعاريف** أن يقف القاضى على الكيفية التى يستطيع بها أن يميز بين المدعـــى والمدعى عليه حينما يقع الاشتباه بينهما . ومن يتدبر هذا التعريف ، يرى أنه لا يكلـــف القاضى أية مشقة فى سبيل الوصول إلى هذا المطلب ، فليس عليه إلا أن يفترض فـــى ذهنه أن أحد المتخاصمين تنازل عن دعواه بعد أن حضرا مجلس القضاء . والآخر ظل مصراً على كلامه الذى قاله . فإن ترتب على هذا الغرض وجوب صرف هذا الآخر الـــذى لـــم يتنازل ، لأنه لا حق له يطلبه من غيره ، كان ذلك الذى تنازل مدعياً والآخر

---

(١) المغنى والشرح الكبير ١٦٣/١٢ ، شرح الزركشى على الخرقى ٣٩٧/٧ ، منار السبيل فى شرح الدليل لابن ضويان ٣٢٨/٢، جواهر العقود للأسيوطى ٣٩٥/٢ط ١ دار الكتب العلمية – بيروت – سنة ١٤١٧هـ – ١٩٩٦م . تبيين الحقائق ٢٩١/٤، بدائع الصنائع ٢٢٤/٥ ، الأصول القضائية ص ٦ ، شرح كتاب النيل ٣٩/١٣ ، أدب القضاء لابن أبى الدم ص ١٨٥م .

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد ، من موالى بنى شيبان ، إمام فى الفقه والأصول ، أصله من قرية حرستة فى غوطة دمشق ، وولد بواسط سنة ١٣١هـ ، ونشأ بالكوفة فسمع من أبى حنيفة وغلب عليه مذهبه وعرف به ، وانتقل إلى بغداد فولاه الرشيد القضاء بالرقة ثم عزله ، ولما خرج الرشيد إلى خراسان صحبه فمات فى الرى سنة ١٧٩هـ قال فيه الشافعى: " لو أشاء أن أقول : نزل القرآن بلغة محمد بن الحسن لقلت ؛ لفصاحته.ونعته الخطيب البغدادى بإمام أهل الرأى . له كتب كثيرة فى الفقه والأصول منها : " المبسوط " و " الزيادات " و " الجامع الكبير " و " الجامع الصغير " و " الآثار " و " السير " و "الموطأ " و "الأمالى " و " المخارج والحيل " و " الحجة على أهل المدينة " وغيرها . (البداية والنهاية لابن كثير ٢٠٢/١٠ ، تاريخ بغداد ١٧٢/٢ ، وفيات الأعيان ١٨٤/٤) .

(٣) هـــو أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن المخزومى القرشى . ولد بالمدينة سنة ١٣هـ وهو من كبار التابعين . جمع بين الفقـــه والحديث والزهد والورع حتى صار سيد التابعين . وكان أحفظ الناس لأحكام عمر وأقضيته ، حتى سمى براوية عمر. روى عنه إدريس بن صبيح وإسماعيل بن أمية وغيرهما وتوفى سنة ٩٤هـ .(سير أعلام النبلاء ٢١٧/٤ ، تهذيب التهذيب ٨٤/٤ ، الأعلام ١٠٢/٣)

(٤) حاشية قرة عيون الأخيار للشيخ محمد علاء الدين أفندى ٤٤٤/١ط ١ دار إحياء التراث العربى – بيروت – ١٤١٨هـ – ١٩٩٨م الأصول القضائية ص٦ ، القوانين الفقهية ص٢٩٦ ، تهذيب الفروق ١٦٠/٤ ، شرح كتاب النيل ٣٨/١٣ ، أدب القضاء لابن أبى الدم ص ١٨٤ .

مدعـــى عليه . وهذا بخلاف غيره من التعريفات الأخرى . ولذلك يقول ابن حجر[١] فى تقيـيمه: " إنــه أسلم ، وإن كان رأى المالكية والشافعية أشهر " [٢] ويقول الشيخ على قراعة : " إنه الأصح الأسلم " [٣] ...... والله تعالى أعلم

أهمية التميز بين المدعى والمدعى عليه :

للتميـــيز بين المدعى والمدعى عليه فى الفقه الإسلامى أهمية كبرى ، تتجلى فى تلك الفوائد العظيمة التى تترتب على هذا التمييز ، والتى نجملها فيما يلى :

أ - تفادى ما قد يقع القاضى فيه من ظلم لأحد الطرفين فى حكمه ، ذلك أن الشارع قد كلف كلا من المدعى والمدعى عليه ، بما يثبت دعواه ، ويدحض دعوى صاحبه ، فكلف المدعى بالبينة ، وكلف المدعى عليه باليمين عند عدم وجود البينة [٤] ولا شك أن عبء الإثبات بالبينة ، أثقل من عبء النفى باليمين . فإذا أخطأ القاضى فى التمييز بينهما ، لحل المكلــف بالعـــبء الأخف ، وهو المدعى عليه ، محل المكلف بعبء أثقل وهو المدعى . وهـــذا ظلـــم كبـــير ، لأنه حكم بما لم يأمر به الله ، والله سبحانه وتعالى قد حرم الظلم ، وتوعد عليه بالعذاب الأليم، قال تعالى: **﴿وسيعلم الذين ظلموا أى منقلب ينقلبون﴾** [٥]

وعلـــى ذلـــك فالتمييز بين المدعى والمدعى عليه ، هو طريق القاضى للوصول إلى الحكـــم بما أنزل الله ، إذ لا يبقى على القاضى بعد ذلك إلا تطبيق القواعد المفروضة فى

---

(١) هو الإمام أحمد بن على بن محمد الكنانى العسقلانى ، أبو الفضل ، شهاب الدين بن حجر ، من أئمة العلم والتاريخ ، أصله من عسقلان بفلسطين ولد بالقاهرة سنة ٧٧٣هـــ ، وتوفى بها سنة ٨٥٢هـــ ، ولع بالأدب والسفر ، ثم أقبل على الحديث ، ورحل إلى اليمن والحجاز وغيرهما لسماع الشيوخ وعلت له شهرة فقصده الناس للأخذ عنه وأصبح حافظ الإسلام في عصره . قال السخاوى : " انتشرت مصنفاته في حياته، وتهادتها الملوك وكتبها الأكابر " ومن هذه المصنفات : " لسان الميزان " والإحكام لبيان ما في القرآن من أحكام " وتهذيب التهذيب " و " فتح البارى بشرح صحيح البخاري " وغيرها.(الأعلام ١٧٨/١ ، معجم المؤلفين ٢٠/٢ ، شذرات الذهب ٢٧٠/٧) .

(٢) فتح البارى لابن حجر ٣٣٤/٥ ، نيل الأوطار للشوكانى ٣٠٥/٨ ط دار الحديث – القاهرة – السيل الجرار ١٤١/٤ .

(٣) الأصول القضائية ص ٧ .

(٤) وفى الحكمة من تكليف الشارع المدعى بالبينة والمدعى عليه باليمين عند عدم البينة يقول الإمام السرخسى : " وكان المعنى فى ذلك والله أعلم : أن المدعى يزعم أنه صار متويًا – مهلكًا – حقه بإنكاره ، فالشرع جعل له حق استحلافه ، حتى إذا كان الأمر كما زعم ، فاليمين العمومى ، مهلكة للمدعى عليه ، فيكون إتواء بمقابلة إتواء ، وهو مشروع. وإن كان بخلاف ما زعم ، نال المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم صادقًا ، ولا يتضرر " . (المبسوط للسرخسى ٢٩/١٧ . وفى نفس المعنى : قواعد الأحكام فى مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٣٢/٢ ، ٣٣ ط دار الجيل – بيروت – ، المدخل الفقهى العام للشيخ مصطفى الزرقاء ١٠٥٧/٢ ط دار الفكر – بيروت –).

(٥) من الآية ٢٢٧ من سورة الشعراء .

وسائل الإثبات والنفى ، ولذلك روى عن سعيد بن المسبب رضى الله عنه أنه قال : " من عرف المدعى من المدعى عليه ، فقد عرف وجه القضاء " [(١)]

ب - تعييـــن القاضى المختص بنظر القضية ، حيث تتوقف معرفة للقاضى صاحب الاختصاص ، على معرفة المدعى وتمييزه من المدعى عليه [(٢)]

⚵⚵⚵⚵⚵⚵⚵⚵⚵⚵⚵

---

(١) تهذيب الفروق ١٦٠/٤ ، القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٩٦ ، شرح كتاب النيل لابن إطفيش ٣٨/١٣ .

(٢) نظرية الدعوى د. محمد نعيم ياسين ص ١٩٦ ، ١٩٧ ط ٢ دار النفائس - الأردن سنة ١٤٢٠ - ٢٠٠٠م : فلقد اختلف الفقهاء في القاضي المختص بنظر الدعوى إلى ثلاثة آراء :

الرأي الأول : يرى أصحابه أنه القاضي الذى يختاره المدعى . وإليه ذهب أبو يوسف من الحنفية ، وبه قال جمهور الشافعية إذا كان أحد المتنازعين مدعياً والآخر مدعى عليه . أما إذا تساويا بأن كان كل منهما مدعياً ومدعى عليه ، كتنازعهما في قسمة ملك أو اختلافهما في قدر ثمن المبيع ، كان القاضي المختص هو أقرب القضاة إلى أي منهما ، فإن تساووا في القرب ، فقيل : يعمل بالقرعة . وقيل: يمنعان من التقاضي حتى يتفقا على أحدهم . وإلى هذا أيضاً ذهب جمهور الحنابلة ، وبه قال المالكية إذا تعدد القضاة في البلد الواحد وكان المتنازعان من أهل هذا البلد . أما إذا تعدد القضاة ، وكانت بلد المدعى غير بلد المدعى عليه ، فإن كانت دعوى دين ، كان الاختصاص للقاضي الذي يختاره المدعى . أما إذا كانت دعوى عين فينظر : فإن كان المتنازعان من بلدين مختلفين وكلاهما من ولاية قاض واحد ، فإن الدعوى ترفع إلى ذلك القاضي في مجلس قضائه ، سواء كان في بلد المدعى أم في بلد المدعى عليه ، وحيثما كان المدعى به . وأما إن كان كل منهما في ولاية قاض ، فعندهم في ذلك قولان : أحدهما لمطرف وإصبغ وابن القاسم : وهو أن القاضي المختص هو قاضي بلد المدعى عليه ، إلا أن المدعى من حقه أن يرفع دعواه أمام قاضي بلدته ، ثم يقوم هذا القاضي بتحويله إلى القاضي الآخر . والقول الثاني : لابن الماجشون وابن كنانة : أن القاضي المختص هو القاضي الذي يوجد ببلدته الشيء المدعى به .

الرأي الثاني : يرى أصحابه أن القاضي المختص بنظر الدعوى هو القاضي الذي يختاره المدعى عليه . وإليه ذهب الإمام محمد بن الحسن من الحنفية ، وعليه الفتوى في مذهبهم .

الرأي الثالث : يرى أصحابه أن المتنازعين يمنعان من التقاضي إلى أن يتفقا معاً على قاض معين . وإليه ذهب بعض الحنابلة ، وبه قال بعض الشافعية إذا تساوى الخصمان في الدعوى ، بأن كان كل منهما مدعياً ومدعى عليه وتساوى القاضيان أو القضاة في القرب من أي منهما . ولكل من هذه الآراء أدلته التي ليس هنا مجال بسطها فليرجع إليها في مظانها ومنها : (البحر الرائق ١٩٣/٧ ، ١٩٤ ط دار المعرفة - بيروت - ، حاشية رد المحتار ٢٥١/٨ ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ١٦٤/٤ ، شرح منح الجليل ١٥٣/٤ ، الأحكام السلطانية للماوردى ص ٧٧ ط دار ابن خلدون - الإسكندرية - ، مغنى المحتاج ٤٨١/٤ ، الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٦٩ ط دار الكتب العلمية - بيروت - القواعد الفقهية لابن رجب الحنبلي ص ٣٦٢)

الفرع الثانى
المدعى به (المحل)

المدعـــى بـــه هو محل الدعوى ، أو موضوعها الذى تنازع فيه المدعى مع المدعى عليه [١].

أو هو بعبارة أخرى : الحق الذى يطلبه المدعى من المدعى عليه [٢] .

والحق الذى يصلح محلاً للدعوى تندرج تحته صور كثيرة تعود جميعها : إما إلى حفظ الـــنوع الإنسانى ، وبقاء النسل وما يتبع ذلك . وإما إلى حفظ الفرد الإنسانى ، وما يتبعه مـــن حفظ عرضه ، وعقله ، ودينه وغير ذلك [٣]. وقد شرعت الدعاوى من أجل حماية هاتين الغايتين .

وعلى ذلك ، فالمدعى به إما أن يكون عيناً أو ديناً أو حقاً أو عقداً أو فعلاً[٤].

فالعين : ماعدا الدين من المنقولات والعقارات .

فلو كانت من المنقولات سميت الدعوى بها دعوى العين المنقولة .

ولو كانت من العقارات سميت الدعوى بها دعوى العقار [٥]

والديـن هـو الحق الذى يترتب فى الذمة ولا يتعين بالتعيين . والدعوى به تسمى دعوى الدين[٦]

والحق هو ما ثبت فى الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير [٧] .

وهـذا الحـق إمـا أن يكون حقاً وجودياً أو حقاً عدمياً . والحق الوجودى كالملكية وغـيرها،أما العدمـى فـيقصد به حق الإنسان فى ألا يتعرض أحد لحقه ، والدعوى بذلك تسمى دعوى دفع التعرض أو دعوى اعتراض[٨] .

---

(١) الحاوى الكبير ٢٩٢/١٧ .

(٢) الأصول القضائية في المرافعات الشرعية للشيخ على قراعة ص ٥ .

(٣) العناية مع تكمله الفتح ١٥٢/٨، ١٥٣ ، درر الحكام ١٥٠/١٤ ، الأصول القضائية ص ٤ .

(٤) الأصول القضائية ص ١٧ ، درر الحكام ١٥٢/١٤ ، فقه الإمام جعفر الصادق ٧٤/٦ .

(٥، ٦) الأصول القضائية ص ١٨، ٢٠، ٢٤ .

(٧) نظرية الحق – ضمن كتاب الفقه الإسلامى أساس التشريع – للدكتور أحمد فهمى أبو سنة ص ١٧٦ ط المجلس الأعلى للشئون الإسلامية .

(٨) درر الحكام ١٤ / ١٥٢ .

هـذا إذا كـان الحـق من حقوق العباد . أما إذا كان حقاً لله تعالى ، فإن الدعاوى التى تتكفل بالمطالبة به هى دعاوى الحسبة أو شهادة الحسبة[١]

أمـا الفعـل فقد يكون فعلاً محرماً وقع من المدعى عليه يوجب عقوبته ، كالقتل ، أو قطع الطريق، أو الزنا أو السرقة أو غير ذلك ، والدعاوى بذلك تسمى دعاوى التهم[٢].

وقـد لا يكـون فعلاً محرماً ، كأن يكون عقداً من بيع أو قرض أو رهن أو ضمان أو غير ذلك . والدعاوى بذلك تسمى دعاوى غير المتهم .

الفرع الثالث

الصيغـــة

ســـبق أن ذكرنا أن التعريف المختار للدعوى هو أنها " مطالبة جازمة بحق ، أو بما يترتب عليه حق ، للطالب أولمن ينوب عنه ، قولاً أو كتابة أو إشارة ، فى مجلس القضاء ، حال المنازعة[٣] " .

ومـــن هذا التعريف يمكننا أن نستخلص أن صيغة الدعوى هى " القول أو الكتابة أو الإشـــارة ، الصادر فى مجلس القضاء ، حال المنازعة ، الدال أو الدالة على مطالبة بحق أو بما يترتب عليه حق للطالب أو لمن ينوب عنه " .

والصيغة عند الحنفية هى الركن الوحيد للدعوى[٤]، وذلك لأن الركن عندهم هو ما كان داخلاً فى الماهية ، أو هو ما يقوم به الشىء[٥] . والدعوى إنما تقوم بإضافة المدعى الشىء إلى نفسه [٦] . أما المدعى والمدعى عليه والمدعى به ، فليست أركاناً للدعوى ، وإنما هى أطراف لها ، أى أمور تستلزمها الدعوى ، بحيث لا تتصور دعوى بدونها[٧] .

---

(١) مغنى المحتاج ٥٥٤/٤ وما بعدها ، المغنى والشرح الكبير ١٠٠/١٢ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤/ ١٧٤.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ١٥٦/٢ ، الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٠١ تحقيق محمد حامد الفقى ط دار الكتب العلمية – بيروت – .

(٣) تراجع ص ٩ من هذه الرسالة .

(٤) قال صاحب التنوير : " وركنها إضافة الحق إلى نفســه أو إلى من ناب منابه " . (تنوير الأبصار مع الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٢٥٢/٨ ، كذا قال الشلبى فى حاشيته على الزيلعي ٢٩٠/٤ والشيخ على قراعة فى الأصول القضائية ص ٤)

(٥) التلويح على التوضيح ١٣١/٢ ط دار الكتب العلمية – بيروت –

(٦) حاشية الشلبى على الزيلعى ٢٩٠/٤ .

(٧) الأصول القضائية فى المرافعات الشرعية ص ٥ .

أما عند غير الحنفية ، فليست هي الركن الوحيد للدعوى ، فالمدعي والمدعى عليه والمدعـــى بـــه أيضاً أركان لها ، وذلك لأن الركن عندهم هو ما لابد منه لتصور الشيء ووجوده ، سواء كان جزءاً منه أم مختصاً به [١] .

والحـــق أن هـــذا خلاف في الشكل لا في الجوهر ؛ لأن الجميع متفقون على أنه لابد لقـــيام الدعوى من المدعي والمدعى عليه والمدعى به والصيغة ، وهي تمثل الادعاء أو الدعوى [٢] .

ﮩﮩﮩﮩﮩﮩﮩﮩ

المطلب الثاني

أركان الدعوى في الفقه القانوني

للدعوى في الفقه القانوني ثلاثة أركان :

أ - المدعي　　　ب - المدعى عليه　　　ج - المدعى به

وفيما يلي بيان بهذه الأركان ، وذلك في فرعين :

الفرع الأول

المدعي والمدعى عليه

(طرفا الدعوى)

تفترض الدعوى بالضرورة وجود طرفين يقوم بينهما نزاع هما : المدعي ، والمدعى علـــيه ، وبدونـــــــهما لا تقوم الدعوى . وكل طـــــرف منهما قد يكون شخصاً طبيعياً أواعتبارياً[٣] كما قد يكون واحداً أو متعدداً .

ويقصد بالمدعي : رافع الدعوى أو البادئ في المطالبة القضائية . وله صفة إيجابية ، وهي عادة صاحب الحق المدعي .

---

(١) راجع ص ٢٨ من هذه الرسالة .

(٢) نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي د. نصر فريد واصل / ٩ ط ٢ سنة ١٤١٢هـ - ١٩٩١م .

(٣) الشخص الاعتباري أو المعنوي هو : مجموعة من الأشخاص ، تستهدف تحقيق غرض مشترك ، أو مجموعة من الأموال ، تخصص لغرض معين . ويعترف القانون لها بالشخصية القانونية ، أي بالقابلية لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات . (د. توفيق شحا ته - مبادئ القانون الإداري ص ١٣٥ - دار النشر للجامعات المصرية - ط ١ ، د. فرناس عبد الباسط البنا - الشخصية المعنوية دراسة مقارنه بين القانون الإداري والفقه الإسلامي ص ٥ ، ٦ ط ١ سنة ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م) .

أما المدعى عليه فهو : من يقدم الطلب فى مواجهته ، أو المشكو منه ابتداء المراد الحكـم علـيه . وله صفة سلبية هى المدين أو المسئول عن الحق المدعى [١] . ومركز الشـخص فى الدعوى واعتباره مدعيا أو مدعى عليه ، لا يتحدد فقط بمن يقدم الطلب ، وإنمـا بمـن يقدم طلباً يتضمن رفع دعوى معينة ، فقد يوجه المدعى عليه الأصلى طلباً عارضاً يشتمل على دعوى مختلفة عن الدعوى الأصلية ، فيصبح بدوره مدعياً بصدد هذا الطلب،بينما يصبح المدعىالأصلى مدعىعليه بالنسبة لهذه الدعوى الفرعية[٢]

وعلى الـرغم مـن ذلـك فوصـف المدعى أو المدعى عليه لا يتغير في الدعوى الأصلية ، فإن ما قد يطلب الحكم به له على المدعى يسمى دعاوى المدعى عليه[٣].

وإذا اختلفت دعويان فى شخص أى طرف منهما ، فالعبرة فى تحديده هى بصفته فى الدعـوى ، لا بمباشـرته فعلاً إجراءاتها ، فقد يكون المدعى أو المدعى عليه ممثلاً فى الإجراءات بواسطة شخص آخر ، كما لو كان قاصراً ومثله الولى أو الوصى ، ففى هذه الحالـة يظل المدعى أو المدعى عليه هو الأصيل (القاصر) وليس ممثله ، ومن ثم فإذا رفـع الولـى بعـد ذلك دعوى يطالب لنفسه بالحق الذى كان يدعيه للقاصر فى الدعوى السابقة ، فإنها تعد دعوى مختلفة عن الدعوى الأولى من حيث أشخاصها [٤] .

وعلى العكس من ذلك ، اختلاف الشخص الطبيعى لا يعنى دائماً أننا بصدد دعوى مختلفة فإذا توفى خصم وحل محله ورثته ، فإن الدعوى تظل هى نفسها [٥] .

أهمية التمييز بين المدعى والمدعى عليه فى الفقه القانونى :

تظهر أهمية التمييز بين المدعى والمدعى عليه فيما يلى :

١-أن المقنن قد ألقى عبء الإثبات على المدعى دون المدعى عليه ، فكلفه بالبدء فى إقامة الدليل على ما يدعيه ، فإن عجز فليس على المدعى عليه إلا اليمين[٦] .

---

[١] د. أحمد مسلم – أصول المرافعات صـ ٣١٣ ، د. حامد أبو طالب – محاضرات فى قانون المرافعات ١٨٥/٢ .

[٢] د. إبراهيم سعد – القانون القضائى الخاص ٥٤٦/١

[٣] د. أحمد سلم – أصول المرافعات ص ٣١٣ ، د. أحمد السيد صاوى – الوسيط ص ٤٨٧ .

[٤] د. فتحى والى – قانون القضاء المدنى الكويتى ص ٤٨ ، الوسيط ص ٧٠ .

[٥] د. فتحى والى – قانون القضاء المدنى الكويتى ص ٤٨ ، ٤٩ ، الوسيط ص ٧٠ .

[٦] أستاذنا الدكتور / رأفت حماد ـــ شرح قانون الإثبات المصرى ص٢٠ ، د. سمير تاغوا ـــ النظرية العامة فى الإثبات ص ٧١ سنة ١٩٩٩ .

٢-تعتد قواعد الاختصاص المحلي بوصف الخصم بكونه مدعياً أو مدعى عليــه والقاعدة العامة فى ذلك كما قررتها المادة (٤٩) مرافعات ، هى أن الاختصاص يكــون للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك

٣- سلطة المدعى عليه فى تقديم الطلبات العارضة أوسع من سلطة المدعى ، إذ تكون له سلطة طلب المقاصة القضائية أو أى طلب تترتب على إجابته عدم الحكم للمدعـــى بطلـــباته كلهـــا أو بعضــــها[1] ، ولو لم يكن طلبه مرتبطاً بالطلب الأصلى فى موضوعه أوسببه . وذلك خلافاً للمدعى الذى يتقيد بهذا الارتباط[2] .

٤-غياب المدعى يخضع لقواعد تختلف عن قواعد غياب المدعى عليه ، حيث يرتب القانون على غياب المدعى عليه فى الجلسة الأولى وجوب تأجيل نظر الدعوى ، وإعادة إعلانـــه ، بينما لا يرتب نفس الأثر على غياب المدعى وحده ، وذلك حرصاً من المقنن على حضور المدعى عليه ، للدفاع عن نفسه ، لاحتمال جهله بقيام الدعوى[3] .

٥-كما يفيد هذا التمييز أيضاً فى أن المدعى هو الذى يتحمل مصاريف الدعوى إذا قضى فيها بعدم الاختصاص ، أو ببطلان صحيفتها ، أو بعدم قبولها ، أو برفضها [4]

٦-كذلـــك فإن القانون يفرض على المدعى عبء السير فى الدعوى ، ويرتب على عـــدم ســـيرها بفعلـــه ، جواز الحكم باعتبارها كأن لم تكن، أو سقوطها. كما يرتب على امتناعه عن تنفيذ ما أمرت به المحكمة ، جواز الحكم بوقفها، ثم باعتبارها كأن لم تكن [5]

***

---

[1] المادة ١٢٥ مرافعات .

[2] المادة ١٢٤ مرافعات ، د . عبد الحكم شرف ، د . السعيد الأزمازى ـــ دراسات فى قانون المرافعات ص ٢٨١ ط ١ سنة ١٩٩٨ م .

[3] د . أمينة النمر ـــ الوجيز فى قوانين المرافعات ص ٣٨٦ وما بعدها سنة ١٩٩٠ م .

[4] د. عبد المنعم الشرقاوى – الوجيز فى المرافعات المدنية والتجارية ص ٣٠٤ . والحكم بعدم قبول الدعوى يختلف عن الحكم برفضها فى أن الأول لا يحول دون إعادة رفعها مرة ثانية بعد استيفاء شروط القبول . أما الثانى فإنه يحول دون رفع الدعوى مرة ثانية ، لأن الحق فى وجودها ونشأتها غير قائم . (د. نبيل إسماعيل عمر – أصول المرافعات المدنية والتجارية ص ٤٥٨ – منشأة المعارف – الإسكندرية ط ١ سنة ١٩٨٦م) .

[5] المواد ٧٠ ، ٩٩ ، ١٣٤ مرافعات ، د. عبد الحكم شرف ، د. السعيد الإزمازى – دراسات فى قانون المرافعات ص ٢٨٢ .

الفـــــرع الثانى
المدعى به
(محل الدعوى)

محل الدعوى هو : ما ترمي إليه الدعوى [١]. أو هو : الأمر المطلوب القضاء به على المدعى عليه أو فى مواجهته [٢] .

ويتكون من ثلاثة عناصر :

١--القرار الذى يطلب من القاضي ، فقد يكون تقريراً أو إنشاء أو إلزاماً أو قراراً وقتـياً . ويختلف المحل باختلاف هذا القرار ، ولهذا تعتبر دعوى تقرير صحة عقد معين مختلفة عن المطالبة بتنفيذ التزام ناشئ عن هذا العقد .

٢-الحـق أو المركز القانوني الذى تهدف الدعوى إلى حمايته بهذا القرار : فالدعوى التى ترمى إلى تقرير حق الملكية غير الدعوى التى ترمى إلى تقرير حق الارتفاق .

٣-محـل هـذا الحق أو المركز القانوني المطلوب حمايته : فإذا اختلفت دعويان فى الشـيء محـل الحـق المطالب به فيهما ، فإن ذلك يؤدى إلى اختلافهما ولو اتحدتا فى الخصـوم – وفى المطلوب من القاضي إصداره ، فتختلف الدعوى المرفوعة من شخص علـى آخر بطلب تقرير ملكية عقار معين عن الدعوى بطلب تقرير ملكية عقار آخر أو منقول . ودعوى المطالبة بقسط من الدين تختلف عن دعوى المطالبة بقسط آخر .

والمعيار الذى يجب الأخذ به لمعرفة ما إذا كانت الدعوى واحدة أم لا ، هو النظر لمـا إذا كان المحل فى أحد عناصره الثلاثة مختلفاً ، فاختلاف عنصر واحد فى المحل ، يـؤدى إلـى اختلاف الدعوى ، ومن باب أولى إذا اختلف عنصران ، أو اختلف المحل بجميع عناصره [٣] .

ومـن التطبـيقات القضـائية فى هذا الشأن : ما قضت به محكمة النقض المصرية مـن أن دعـوى صحة ونفاذ عقد بيع جزء من منزل مملوك على الشيوع ، تختلف فى

---

[١] د. فتحي والى ، قانون القضاء المدنى الكويتى ص ٤٩ ، الوسيط ص ٧١ .

[٢] د. أحمد مسلم – أصول المرافعات ص ٣١٣ ، ٣١٤ .

[٣] د. فتحي والى ، قانون القضاء المدنى الكويتى ص ٤٩ ، الوسيط ص ٧١ .

موضوعها عن دعوى الشفعة المتعلقة بهذا الجزء [١] وأن دعوى المستأجر بتخفيض أجرة شـــقة ، لأن المؤجر لم يقم بتركيب المصعد بالعمارة ، تختلف فى موضوعها عن دعوى المستأجر ضد المؤجر بتنفيذ التزامه بتركيب المصعد [٢] .

علـــى أنـــه يلاحـــظ أن تحديد ما إذا كان المحل مختلفاً في الدعويين قد يثير بعض الصعوبات ، ولذلك يراعى أنه لا ينفى وحدةّ محل الدعوى أن يكون المطلوب فى دعوى مجرد نفى للمطلوب فى دعوى أخرى[٣] . فالدعوى المرفوعة بصحة عقد من العقود ، لا تختلف فى موضوعها عن الدعوى المرفوعة بطلب بطلانه ؛ لأن طلب صحة العقد وطلب بطلانه وجهان متقابلان لشيء واحد ، إذ إن القضاء بصحة الدين ، يتضمن حتماً القضاء بأنـــه غير باطل [٤] . وكذلك لا تختلف الدعوى المرفوعة بإلزام المدين بدفع دين معين ، عن الدعوى المرفوعة من الأخير ببراءة ذمته من هذا الدين .

كذلـــك لا ينفى وحدة الدعوى ، الاختلاف فى تحديد مقدار محلها ، إذا لم يكن معين المقـــدار ، كالمطالبة بتعويض أو نفقة ، فمحل الدعوى هو التعويض أو النفقة ، بصرف الـــنظر عن الرقم الذى يطلبه المدعى ، فهذا الرقم ليس سوى حد أعلى لسلطة القاضى ، وعلـــيه، فلو طلب المدعى تعويضاً عن فعل ضار ، أو نفقة مقدارها ألف جنيه مثلاً ، فله أن يطلب أثناء الخصومة ألفين أو خمسمائة دون أن يعتبر هذا طلباً جديداً . وليس للمدعى بعـــد صـــدور الحكم بمبلغ معين أن يرفع دعوى للمطالبة بمبلغ أكبر ، حيث يتعلق الأمر بذات الدعوى ، ما لم تكن الدعوى الأولى قد رفعت بطلب مؤقت .

كمـا يـراعى أنـه إذا رفعت دعوى بطلب شيء معين ، فإن هذه الدعوى تختلف فى محلهـــا عـــن الدعـــوى بطلب قيمة هذا الشيء،وعليه فلو طالب شخص بسيارة ، فليس للقاضى أن يحكم من تلقاء نفسه بقيمة هذه السيارة ، ولكن لأن الحكم بقيمـــــة الشيء لا

---

[١] نقض مدنى ١٩٦٣/١١/٢٨ – مجموعة أحكام النقض ١٤-١١٩-١٥٩ .

[٢] نقض مدنى ١٩٦٦/٢/١ – مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٢٢١ – ٢٩ .

[٣] د. عبد الحكم شرف ، د. السعيد الإزمازى – دراسات فى قانون المرافعات ص ٢٨٤ ، د. حامد أبو طالب – محاضرات فى قانون المرافعات ٢/١٨٧ .

[٤] نقض مدنى ٧٣/٥/١٧ – مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٧٧٢ – ١٣٧ .

يتصـــور بغير ثبوت ملكيته ، فإن نفى الملكية نتيجة لرفض الدعوى الأولى ، يؤدى إلى عدم قبول الدعوى الثانية [١] .

ويلزم فى محل الدعوى أن لا يكون منافيا للقانون والنظام العام [٢] .

وتطبيقاً لذلك ، قضت دائرة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية بعدم قبول الدعوى الــتى تنشـــأ عن تأجير منزل يدار للدعارة السرية ، لأن موضوع الدعوى يخالف الآداب العامة[٣]

⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘

المطلب الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامى والفقه القانونى فى أركان الدعوى

بالنظر فى أركان الدعوى فى كل من الفقه الإسلامى والفقه القانونى ، نجد أن الفقه القـــانونى يتفق مع مذهب الجمهور الراجح فى الفقه الإسلامى فى اعتبار طرفى الدعوى ركـــناً أساسياً فيها ، لا تقوم إلا به . كما أن بين الفقهين اتفاقاً على أن محل الدعوى ركن أساسى فيها أيضاً ، فهو الذى لأجله أقيمت الدعوى .

لكن بين الفقهين اختلافاً فيما يلى :

١-معـــيار التميز بين المدعى والمدعى عليه : فقد اجتهد فقهاء الشريعة فى بيان هذا المعيار ، ونتج عن اجتهادهم هذا أن وضعوا عدة معايير للتمييز بينهما ، وهذه المعايير . فى الغالب - كانت قائمة على أسس موضوعية ؛ ولذا كانت موفقة إلى حد كبير فى إصابة الهدف من هذا التمييز .

بيـــنما وضع فقهاء القانون تعريفاً للمدعى وللمدعى عليه ، مبنياً على أسس شكلية ، إذ قـــرروا أن المدعـــى هو البادئ فى رفع الدعوى ، والمدعى عليه هو المشكو منه ابتداء.

---

[١] د . فتحى والى - قانون القضاء المدنى الكويتى ص ٥٠ ، الوسيط ص ٧٢ ، ٧٣ ، د. عبد الحكم شرف . د. السعيد الإزمازى - دراسات فى قانون المرافعات ص ٢٨٤ .

[٢] د. مصطفى كامل كيرة - قانون المرافعات الليبى ص ٢٧١ .

[٣] حكم دائرة العرائض فى أكتوبر سنة ١٩٤٠ م ، جازيت دى بالية سنة ١٩٤٠ ، / ١٤٦ ، مشار إليه فى المرجع السابق ص ٢٧١

ولا شــك أن هـــذا المعيار غير ثابت وغير محدد ، ولا يؤدى إلى تحقيق الهدف من هذا التمييز ، فمن المقرر - مثلاً- أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعى، وهذا تكليف ثقيل ينبغى أن يوضع فى محله، وذلك الذى ذكروه فى تعريف المدعى والمدعى عليه ، يقصر عن تعيين محل هذا الحكم ، لأن المنطق القانونى والذى صرح به بعض علماء المرافعات ، والذى يتمخض عنه اجتهاد فقهاء القانون المدنى ، يقضى بأن يكون عبء الإثبات ملقى على عاتق من يدعى خلاف الظاهر أو الثابت [١]

وهذا الذى يدعى خلاف الظاهر أو الثابت قد لا يكون هو البادئ بالخصومة ، كما هو الحال فى جميع الدفوع . والمشكو منه قد يكون هو الذى يخالف قوله الظاهر أو الثابت ، فوجب عدم الركون إلى هذا المعيار الشكلى فى التمييز بين طرفى الدعوى[٢]. وفى ذلك يقول الأستاذ فارس الخورى :" بحسب الظاهر ، لا يوجد إشكال فى التفريق بين المدعى والمدعـــى عليه ، لأن المدعى هو من يقيم الدعوى ، والمدعى عليه هو خصمه المطلوب الحكم عليه ، غير أن العبرة للمعانى دون الصور ، فكثيراً ما تنقلب الحالة أثناء المرافعة والدفوع التى يوردها الطرفان ، فيصبح المدعى عليه مدعياً ، وهذا التفريق بينهما واجب ، لتعيين حال كل منهما ، ومعرفة ترجيح البينة وتوجيه اليمين[٣] .

فـــيا حـــبذا لـــو استنار القضاء فى أيامنا هذه بالضوابط التى وضعها فقهاء المذاهب الإسلامية فى تحديد المدعى والمدعى عليه ، حتى يكون أكثر قرباً من تحقيق العدالة بين المتحاكمين ؛ لما لهذا التحديد من أهمية ظهرت لنا فيما سبق .

٢-كذلـــك فـــإن فقهـــاء القانون ، لم يفردوا صيغة الدعوى - التى هى الركن الوحيد للدعوى عند الحنفية - بالحديث عنها وبيان المقصود منها ، وإن كان هذا موجوداً فى ثنايا

---

(١)د. سليمان مرقس – أصول الإثبات وإجراءاته فى المواد المدنية فى القانون المصرى مقارناً بتقنينات سائر البلاد العربية ١/ ٨٣ط عالم الكتب ، د. أحمد مسلم – أصول المرافعات ص ٥٩٩ ، حيث يقول : " على أن الإثبات ليس عبئاً واجباً على المدعى وحده ، فقد يجب كذلك على المدعى عليه ، وذلك إذا جاوز مجرد الإنكار فى الجواب على دعوى المدعى ، فادعى بدوره أنه قام بوفاء ما يدعيه المدعى قبله مثلاً ، أو إذا أثبت المدعى دعواه بعد إنكار المدعى عليه لها ، فإنه لابد من أن يثبت المدعى عليه ما ينقض دعوى المدعى التى تثبت ، وإلا حكم عليه للمدعى " أ هـــ .

(٢)د. محمد نعيم ياسين – نظرية الدعوى ص ١٩٨ ط٢ دار النفائس – الأردن سنة ١٤٢٠ ﻫ – ٢٠٠٠م

(٣) أ. فارس الخورى – أصول المحاكمات الحقوقية ص ١٣٥ ط ٢ مطبعة الجامعة السورية سنة ١٩٣٦م

كلامهم عن محل الدعوى ، إلا أنه كان يجب إفرادها بالحديث عنها ، لأن المحل شيء ، وصيغة طلبه شيء آخر وكلاهما ركنان في الدعوى ، وليسا ركناً واحداً .

هذا والله تعالى أعلم .

****

الباب الأول
نظرية الدعوى بالمجهول
فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

تمهيد

يقصد بالدعوى بالمجهول : الدعوى التى فقدت فيها معلومية المدعى بـــه .

وهذه المعلومية إحدى الشروط التى يجب توافـــرها لقبـــول الدعــــوى .

لكـــن هـــذا الشرط ، ليس متفقاً عليه بين الفقهاء ، وإنما تطلبه أغلبهم ، ولم يتطلبه بعضهم .

والذيـــن اســـتلزموا توافــره ، استثنوا منه عدة مسائل ، أجازوا تخلفه فيها ، وقالوا بصـــحة الدعـــوى بالمجهول فيها. كما أنهم وضعوا له سبلاً أوجبوا على المدعى اتباعها لتحققـــه .

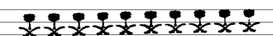
كذلـــك فإن هذه المعلومية تعد شرطاً لقبول الدعوى فى القانون الوضعى ،لكنه شرط إجرائى يترتب على تخلفه بطلان الدعوى . بطلاناً نسبياً ، مقرراً لمصلحة المدعى عليه ، وبالـــتالى فلا يجوز التمسك به إلا له ، ولا ينتج التمسك به أثره إلا إذا حدث قبل التكلم فى موضوع الدعوى .

وفـــى هـــذا الباب أبين – **بمشيئة الله** – شروط الدعوى عامة ، وشرط معلومية المدعى به خاصة ، ومدى لزومه لصحة الدعوى والاستثناءات الواردة عليه وكيفية تحققه فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ، وذلك فى فصول ثلاثة :

الفصل الأول : فى شروط الدعوى فى الفقه الإســـــلامى والقانـــــون الوضعى.

الفصل الثانى : فـــى شـــرط معلومـــية المدعـــى به ومدى لزومه فى الدعوى ، والاستثناءات الواردة عليه ، فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

الفصل الثالث : فى كيفية تحقق العلم بالمدعى به فى الفقه الإسلامى .



الفصل الأول
شروط قبول الدعوى في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الشـــروط جمـــع شـــرْط – بســكون الراء – ، والأشراط جمع شَرَط – بفتحها – ، وكلاهمـــا معناه فى اللغة : العلامة المميزة اللازمة . قال الله تعالى :﴿ **فهل ينظرون إلا الساعة أن تأتيهم بغتة فقد جاء أشراطها** ﴾ [١] أى علاماتها [٢].

وفى القاموس : " الشرط هو إلزام الشيء والتزامه كما فى البيع ونحوه " [٣] .

والشرط فى اصطلاح الأصوليين هو ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته [٤].

أى أن انعـــدام الشرط يستلزم انعدام المشروط ، ووجوده لا يستلزم وجود المشروط له.

وعلـــى ذلك فشروط الدعوى هى الشروط التى يلزم توافرها لقيام الدعوى صحيحة ومنتجة لآثارها .

وفى هذا الفصل سنوضح
بمشيئة الله تعالى – هذه الشروط
فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ،
ثم نعقد مقارنة بينهما، وذلك فى ثلاثة مباحث
على الوجه التالي:

---

[١] من الآية ١٨ من سورة محمد .

[٢] تفسير البغوى المسمى معالم التنزيل ١٨٢/٤ ط دار المعرفة – بيروت – .

(٣)القاموس المحيط ٢/ ٣٨١ ، ونحوه فى لسان العرب مادة " شرط " ٣٢٩/٧ ، الصحاح للجوهرى ١١٣٦/٣ .

[٤] الفروق للقرافى ٦٢/١ .

المبحث الأول
شروط الدعوى في الفقه الإسلامي

الشــروط الــتى يلزم توافرها لقيام الدعوى صحيحة فى الفقه الإسلامى ، منها ما يــرجع إلــى طــرفى الدعوى . ومنها ما يرجع إلى محل الدعوى . ومنها ما يرجع إلى صيغة الدعوى . وفى مطالب ثلاثة أبين هذه الشروط على النحو التالى :

‡‡‡‡‡‡‡‡‡

المطلب الأول
شروط طرفي الدعوى

يشــترط فى طرفى الدعوى عدة شروط ، بعضها محل اتفاق بين الفقهاء ، وبعضها محل خلاف .

. ومجمل هذه الشروط ستة هى :

١-أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه مكلفاً . ٢-أن يكون كل منهما رشيداً .
٣-أن يكون كل منهما ذا صفة في الدعوى . ٤-أن تثبت بينهما خلطة (معاملة).
٥- أن يكون المدعى عليه معلوماً . ٦- أن يكون المدعى عليه حاضراً .

وأبين هذه الشروط بشيء من الإيجاز فيما يلي :

الشـــــرط الأول

: أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه مكلفاً :

المكلــف هــو البالغ العاقل [١] . فلكي يكون الإنسان مكلفاً ومخاطباً بأحكام الشرع ، لابد وأن يكون بالغاً عاقلاً .

وقــد اتفق الفقهاء على اشتراط العقل فى كل من المدعى والمدعى عليه . فلا تصح دعوى المجنون ، ولا الصبى الغير مميز . ولا الدعوى عليهما . فلا يطالبان بالجواب ، ولا تتوجه عليهما اليمين [٢]

---

(١) مغنى المحتاج ١٣٤/٤ ، شرح المحلى على المنهاج ١٦٣/٤ .

(٢) البحر الرائق ١٩١/٧، المادة ١٦١٦ من مجلة الأحكام العدلية ، درر الحكام ١٥٦/١٤ ، ١٥٧، الفتــاوى الهندية ١/٤ ، الأصــول القضــائية ص ٧ ، تبصــرة الحكام ١٥٤/١ ، شرح الزرقانى ١٣٦/٧ ط دار الفكر – بيروت – سنة ١٣٩٨ هــ – ١٩٧٨م ، مغنى المحتاج ١٣٤/٤، ٦٠٣ ، شرح المحلى على المنهاج ١٦٣/٤، ٣٤١، المغنى ١٦٣/١٢ ،الــروض المــربع ص ٤٨١ط عــالم الكتب – بيروت – ، المحرر فى الفقه لابن تيمية ٢٠٦/٢ ط دار الكتاب العربى – بيروت– ، كشاف القناع ٣٨٤/٦ ، شرائع الإسلام ١٠٦/٤، جواهر الكلام ٣٧٦/٤٠ ، فقه الإمام جعفر الصادق ٧٦/٦، ٧٧، ٧٩ .

والدليل على ذلك : البديهة والضرورة [١] ، ذلك أن الدعوى تصرف من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، وهذه التصرفات لابد فيها من العقل [٢] . كما أن الدعوى إنشاء يترتب عليه أحكام . وعبارة غير العاقل مسلوبة عنه ، كغيرها من الإنشاءات [٣] .

أما البلوغ : فقد اختلفوا فى اشتراطه فى طرفى الدعوى إلى ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : يرى أصحابه أنه يشترط فى كل منهما ، فلا تسمع الدعوى من الصبى ولا عليه حتى ولو كان مميزاً ، وإنما الذى يطالِب لهما ويطالَب عنهما هو وليهما أو وصيهما .

إلى هذا ذهب الشافعية . واستثنوا ما إذا كانت الدعوى قد رفعت على الصبى لأجل إقامة البينة عليه . فإنها فى هذه الحالة تسمع ، وإليه أيضاً ذهب الحنابلة وبعض الإمامية إلا أنهم لم يقولوا بهذا الاستثناء [٤] .

المذهب الثانى : يرى أصحابه أن البلوغ لا يشترط فى أى من المدعى والمدعى عليه فالصبى المميز المأذون له فى التجارة أو المخاصمة ، يصح أن يكون مدعياً أو مدعى عليه ،وعندئذ لا يشترط حضور وليه أو وصيه فى دعواه . وإلى هذا ذهب الحنفية ، لكنهم اختلفوا فيما بينهم فى تحليفه عند عدم وجود بينة للمدعى ، والقضاء بنكو له .

فذهب جمهورهم إلى أنه يستحلف ويقضى عليه بالنكول كالبالغ تماماً .

بينما ذهب بعضهم إلى أنه لا يمين عليه حتى يبلغ [٥] .

المذهب الثالث : يرى أصحابه عدم اشتراط البلوغ فى المدعى ، واشتراطه في المدعى عليه ، إذا كان مدعًى عليه بمعاوضة مالية اختيارية ، كبيع أو شراء أو سلف . أما إذا كان مدعى عليه باستهلاك أو غصب أو نهب أو اختلاس أو جرح أو قتل عمداً أو خطأ،

---

(١) فقه الإمام جعفر الصادق ٧٦/٦ .

(٢) حاشية قرة عيون الأخيار ٤٤٧/١ ، شرح المجلة لسليم رستم باز اللبناني ٩٠٩/٢ .

(٣) جواهر الكلام ٣٧٦/٤٠ .

(٤) مغنى المحتاج ١٣٤/٤ ، ٥١٥ ، شرح المحلى ١٦٣/٤ ، حاشية القليوبى ٣٠٨/٤ ، حاشية الجمل على شرح الأنصارى ٤٠٩/٥ ط دار إحياء التراث العربي ، شرح الزركشى على الخرقى ٣٩٨/٧ ، المغنى ١٦٣/١٢ ، منار السبيل فى شرح الدليل لابن ضويان ٣٢٨/٢ – النجم للنشر والتوزيع ، الروض المربع ص ٤٨١ ، كشاف القناع ٣٨٤/٦ ، جواهر الكلام ٣٧٦/٤٠ ، فقه الإمام جعفر الصادق ٧٦/٦،٧٩ .

(٥) درر الحكام ١٥٧/١٤ ، شرح المجلة لسليم رستم باز ٩٠٩/٢ ، الدر المختار ورد المحتار ٢٥٢/٨، قرة عيون الأخيار ٤٤٧/١ .

أوغير ذلك مما يلزمه فى ماله ، فلا يشترط بلوغه .

وعلى ذلك فتصح دعوى الصبى المميز ولو لم يأذن له وليه أوصيه ، سواء كان ذلك فى حضور وليه أو فى غيبته . ولا تصح الدعوى عليه بمعاوضة مالية اختيارية ، وإنمـــا الذى يخاصم عنه فى هذه الحالة هو وليه أو وصيه . وإلى هذا ذهب المالكية وبعض الإماميـــة [1].

الأدلة والمناقشات :

أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول على اشتراط البلوغ فى كل من المدعى والمدعى عليه بالسنة والمعقول :

أما السنة : فما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : :" **رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الطفل حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يبرأ أو يعقل**" [2] فهـــذا الحديث قد بين أن هؤلاء الثلاثة غير محاسبين على أعمالهم ، وبالتالى فتصرفاتهم تقع باطلة ، والدعوى تصرف كأى تصرف ، فلا تصح من الصبى ولا عليه ، حتى ولو كان مميزاً ، لأن فى تصحيحها تكليفاً بما لا يلزمه ، وهو باطل[3]

وقد نوقش هذا الاستدلال :بأن الحديث لا يدل على عدم صحة رفع الدعوى من الصبى،وإن كان فيه دليل على عدم جواز رفعها عليه ، وذلك لأنه صلى الله عليه وسلم أراد بقوله: :" **رفع القلم** " رفع المؤاخذة والعقاب ، بصرف النظر عن صحة معاملاته أو بطلانها[4]

---

(١) تبصرة الحكام ١٥٣/١،١٥٤، ١٦٠ مواهب الجليل ١٢٣/٨، شرح الزرقانى ١٣٦/٧، فقه الإمام جعفر الصادق ٦/ ٧٦ ، ٧٩ .

(٢) رواه الأئمة : أحمد وأبو داود والترمذى وقال : حسن غريب ، والحاكم وصححه ، والبيهقى والطحاوى : أن عمر بن الخطـــاب أراد أن يرجم مجنونة . فقال له على : مالك ذلك. قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: وذكره . فادرأ عمر رضى الله عنه . واللفظ لأحمد . ورواه البخارى والبغوى عن على معلقاً . ورواه أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجة والبيهقى والحاكم وصححه ، وابن حبان وابن خزيمة عن عائشة رضى الله عنها . مع اختلاف بينهم فى بعض ألفاظه . (مســـند الإمـــام أحمد ١٤٠/١ ،١٥٥، ١٥٨، ١٠٠/٦، ١٠١، سنن أبى داود كتاب الحدود باب فى المجنون يسرق أو يصيب حداً ١٤٠/٤(٤٣٩٨، ٤٣٩٩ ، ٤٤٠١، ٤٤٠٣) ، صحيح الترمذى كتاب الحدود باب ما جاء فيمن لا يحد ٦/ ١٩٥ ، ١٩٦ ، المســتدرك للحاكم كتاب الصلاة باب رفع القلم عن ثلاث ٢٥٨/١ ، كتاب الحدود باب ذكر من رفع عنهم القلم ٣٨٩/٤ ، سنن البيهقى كتاب الصلاة ٣ /٨٣ ، كتاب الصيام ٢٦٩/٤ ، كتاب الحج ٣٢٥/٤ ، كتاب الخلع والطلاق ٣٥٩/٧ ، كتاب السرقة ٢٦٤/٨ ، كتاب المكاتب ٣١٧/١٠ ، شرح معانى الآثار للطحـــاوى ٧٢/٢ط دار الكتب العلمية ، صحيح البخارى مع الفتح كتاب الطلاق باب١١- ٣٠٠/٩، شرح السنة للبغـــوى ٢٢٠/٩، [illegible] ، سنن النسائى كتاب الطلاق ١٥٦/٦ ، سنن ابن ماجة كتاب الطلاق ٦٥٩/١ (٢٠٤١، ٢٠٤٢) ، صحيح ابن حبان ١٧٨/١، ١٧٩ (١٤٢،١٤٣) صحيح ابن خزيمة ٣٤٨/٤ (٣٠٤٨) ط المكتب الإسلامى) .

(٣) فقه الإمام جعفر ٧٦/٦

(٤) المرجع السابق ٧٦/٦ .

وأما المعقول : فهوأن الصبى لا يصح إقراره حتى ولو كان مميزاً ،كما أنه لا يصح حلفه، ومن كان كذلك لا يصح رفع الدعوى منه أو عليه .

دليل المذهب الثانى :

استدل أصحاب المذهب الثانى على عدم اشتراط البلوغ فى طرفى الدعوى بدليل عقلى وهو أن الدعوى والجواب عليها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فتصح من الصبى الذى أذن له وليه ، ولا تصح ممن لم يأذن له[1].

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال ، بأنه إن صح بالنسبة للصبى إذا كان مدعياً ، فلا يصح إذاكان مدعًى عليه ، وذلك لأن الحجر هنا كان بأمر الشارع ، وفكه لا يكـون إلا بأمرالشـارع عندما يوجد مقتضاه من البلوغ والرشد ، وهو ما لم يوجد ، كما أنه مرفوع عنه قلم الخالـق سبحانه ، فلا يسطّر عليه قلم المخلوق ، وبالتالى فلا يصح رفع الدعوى عليه .

أدلة المذهب الثالث :

استدل أصحاب المذهب الثالث على عدم اشتراط البلوغ فى المدعى: بأن شرط البلوغ والرشد، إنما أخذا كوسيلة إلى مصلحة الصبى ، لا غاية فى نفسهما ، فإذا ما كان الصبى يقوى على المرافعة والمدافعة بأكمل الوجوه ، كان أدرى بمصلحته ، فإذا رأى أنها فى رفع الدعوى إلى القضاء ، فلابد من إتاحة الفرصة له حتى تتحقق مصلحته[2]

واستدلوا على اشتراط البلـوغ

بالنسبة للمدعى عليه بالسنة والمعقول :

أما السنة :فقوله صلى الله عليه وسلم : :" **رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ وعن الطفل حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يبرأ أو يعقل**" [3] . ففى هذا الحديث دليـل على عدم مؤاخذة الصبى ومعاقبته ، لأنه مرفوع عنه القلم ، ومن رفع عنه القلم ، لا يؤاخـذ ولا يعاقب ، ومن المؤاخذة والمعاقبة رفع الدعوى عليه ، فكانت ممنوعة[4].

وأما المعقول : فهو أن الصبى لا يصح إقراره، وكل من لا يصح إقراره ،لا يصح أن يُدعى

---

(1) درر الحكام ١٥٧/١٤ ، شرح المجلة لسليم رستم ٩٠٩/٢ ، قرة عيون الأخيار ٤٤٧/١ .

(2) فقه الإمام جعفر الصادق ٧٦/٦ ، ٧٧ .

(3) سبق تخريجه فى صـ ٤٨ .

(4) فقه الإمام جعفر الصادق ٧٦/٦.

عليه[١] لأنه لو صحت الدعوى عليه لكان مطالباً بالجواب ، والجواب إما أن يكون بالإقرار أو بالإنكار ، والصبى إن أقر لا يصح إقراره ، وإن أنكر فلا توجه عليه اليمين ، وعليه فلا تصح الدعوى عليه ، لأنها غير ذات جدوى.

المذهب المختار:

بعد هذا العرض لمذاهب الفقهاء فى مسألة اشتراط البلوغ فى طرفى الدعوى،وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات، أرانى أميل إلى ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثالث ، من القول باشتراط البلوغ بالنسبة للمدعى عليه ، وعدم اشتراطه بالنسبة للمدعى ، وذلك لقوة أدلتهم وصحتها وسلامتها من المعارضة ، وضعف أدلة المخالفين .

يقول الشيخ محمد جواد مغنية فى حيثيات اختياره لهذا الرأى : " ..ولنفترض أن أبا الصبى أو وصيه بذّر وأسرف فى ماله ، حتى أوشك أن يتلف كله أو جله ، ولم يرفع الدعوى عليه أحد ، فهل يترك للولى أو الوصى أن يتماديا فى الغى ، ولا تقبل الدعوى من الصبى المميز عليهما ، القادر على المحافظة على حقه ، لا تقبل منه ، لأنه لم يبلغ السن المحددة ؟ وليس من شك أن الدين والعقل يحتمان قبول الدعوى منه ، ويدعان له الحرية الكاملة فى الإدلاء بما يشاء ، كما يحتمان على القاضى البحث والتدقيق والفصل بالحق[٢] " أهـ .

والله تعالى أعلم .

الشرط الثانى : الرشد :

الرشد لغة : إصابة الصواب ، وهو نقيض الباطل .[٣]

واصطلاحاً : أن يبلغ الصبى حد التكليف ، صالحاً فى دينه مصلحاً لماله[٤] .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ١/١٥٣ .

(٢) فقه الإمام جعفر الصادق ٦/٧٦،٧٧.

(٣) المصباح المنير للفيومى مادة "رشد" ١/٢٢٧ .

(٤) الأم للإمام الشافعى ٣/٢١٥ ط ٢ دار المعرفة – بيروت – سنة ١٣٩٣هـ – ١٩٧٣م ، الوسيط للإمام الغزالى ٤/ ٣٨ تحقيق محمد محمد تامر ط دار السلام ، نهاية المحتاج ٤/٣٦١ ، ٣٦٢ .

وقد اختلف الفقهاء فى اشتراط هذا الشرط في طرفى الدعوى :

فذهب جماعة من الصحابة – رضى الله عنهم – ومجاهد (١) وإبراهيم النخعى (٢) فيما روى عنهم – وأبو حنيفة (٣) وزفر، والظاهرية، وبعض الزيدية، إلى عدم اشتراطه فى المدعى والمدعى عليه، وذلك تخريجاً على مذهبهم فى حكم الحجر على السفيه، حيث قالوا بعدم جواز ذلك،

---

(١) هو الإمام مجاهد بن جبر أبو الحجاج المكى . ولد سنة ٢١هـ . روى عن ابن عباس فأكثر وأطاب ، وعنه أخذ القرآن الكريم والتفسير والفقه ، وعن أبي هريرة وعائشة وسعد بن أبي وقاص وغيرهم ، وروى عنه عكرمة وطاووس وعطاء وغيرهم .. وقد برع رضى الله عنه في القراءة والتفسير حتى قال سفيان الثورى : " خذوا من أربعة : مجاهد ، وسعيد بن جبير ، وعكرمة ، والضحاك " ، كما وصفه الذهبي بأنه شيخ القراء والمفسرين . وتوفى رضى الله عنه سنة ١٠٠ هـ وقيل : سنة ١٠١ هـ وقيل : ١٠٢هـ ، وقيل ١٠٣ هـ وهو ساجد . (سير أعلام النبلاء ٤٤٩/٤ ، الطبقات الكبرى لابن سعد ٤٦٦/٥ ط دار صادر – بيروت – ، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء للأصبهاني ٢٧٩/٣ ط دار الكتب العلمية ت بيروت – ، تهذيب التهذيب لابن حجر ١٠/ ٤٢ ط دار صادر – بيروت – ، شذرات الذهب ١٢٥/١) .

(٢) هو إبراهيم بن يزيد بن قيس الأسود ، أبو عمران النخعى ، من مذحج ، ولد سنة ٤٦ هـ ، وكان من أكابر التابعين صلاحاً وصدق رواية وحفظاً للحديث ، من أهل الكوفة ، وهو فقيه العراق بالاتفاق ، أخذ عن مسروق وعلقمه ، ورأى عائشة رضى الله عنها وهو صغير ، وقد عده ابن قتيبة من الشيعة . توفى رضى الله عنه سنة ٩٥ ، وقيل سنة ٩٦ هـ وهو ابن ست وأربعين سنة . (شذرات الذهب ١١١/١ ، تهذيب التهذيب ٣٤٣/١ ، الأعلام ٨٠/١) .

(٣) هو النعمان بن ثابت بن زوطَى الكوفى ، ولد بالكوفة سنة ٨٠ هـ ، ونشأ بها وعاش فيها متعلماً ومعلماً ومجادلاً . نبغ فى علم الكلام ، ثم اتجه إلى الفقه ، فتفقه على شيخه حماد بن سليمان ، وكان رضى الله عنه يأكل من كسبه ، ولا يقبل جوائز السلطان . عرض عليه الخليفة المنصور القضاء فرفض حتى ضرب وعزل عن الإفتاء وعن الخروج إلى الناس ، وظل على هذا الحال حتى مات ببغداد سنة ١٥٠ هـ . سئل عنه الإمام مالك فقال : " لو جاء إلى أساطينكم هذه – يعنى السوارى – فقايسكم على أنها خشب ، لظننتم أنها خشب " . ومن مؤلفاته " الفقه الأكبر " والمسند " والوصية " وغيرها . (شذرات الذهب ٢٢٧/١ ، تاريخ بغداد ٢٢٣/١٣ المكتبة السلفية – المدينة المنورة – ، أبو حنيفة ، حياته وعصره آراؤه وفقهه للإمام محمد أبى زهرة ط دار الفكر العربي – القاهرة – سنة ١٩٩١) .

وبالتالى فللسفيه رفع الدعوى على غيره ، ولغيره رفع الدعوى عليه ، لأنها تصرف من التصرفات التى لم يحجر عليه فى إبرامها[١] **كما ذهب إلى ذلك بقية الحنفية فى مقتضى كلامهم** ، حيث قالوا بقبول الدعوى مِن وَعَلَى الصبى العاقل فالسفيه البالغ أولى[٢]

وذهب المالكية والشافعية إلى عدم اشتراطه فى المدعى ، واشتراطه فى المدعى عليه ، إذا كان موضوع الدعوى معاوضة مالية اختيارية ، كبيع أو شراء أو سلف ، أما لو كان موضوعها استهلاكاً أو غصباً أو نهباً أو اختلاساً أو جرحاً أو قتلاً عمداً أو خطأ ، أو غير ذلك مما يلزمه فى ماله ، فليس بشرط ، وإنما تسمع الدعوى عليه به ، ويكلف المدعى بإثبات صحة دعواه ، ويقضى بذلك فى مال السفيه إن كان له مال ، أو يتبع بذلك إن لم يكن له مال . إلا أن الشافعية قالوا بوجوب أن يقول السفيه فى دعواه: وأستحق تسليمه إلى وليى .[٣]

وذهب الحنابلة إلى اشتراط الرشد فى المدعى ، وعدم اشتراطه فى المدعى عليه فيما يؤخذ به حال سفهه ، كدعوى الطلاق والقذف ، لأن إقراره به معتبر ،لعدم التهمة[٤]

أما الإمامية فقد ذهب بعضهم إلى اشتراط الرشد فى المدعى إذا كانت الدعوى تستدعى تصرفاً مالياً ، أما إذا لم تكن كذلك ، كدعوى الاعتداء عليه ، فلا يشترط ، فتصح من السفيه . بينما ذهب بعضهم إلى عدم اشتراطه أيا كان نوع الدعوى[٥] .

والمختار :هو أن يُفصَّل فى أمر السفيه ، فإن كان مدعيا فتصح دعواه مطلقاً. وإن كان مدعًى عليه فى غير المعاوضات المالية كالغصب والنهب والاختلاس والقتل وغير ذلك ، فتصح كذلك وتسمع الدعوى عليه ، على ما ذهب إليه المالكية والشافعية ، وذلك لأن السفيه مكلف شرعاً ، إذ السفه لا يرفع التكليف ، وبالتكليف يحاسب الإنسان على كل

---

(١) المبسوط للسرخسى ١٥٧/٢٣ ، بدائع الصنائع ١٦٩/٧ ، الفتاوى الهندية ٥٥/٥ ، بداية المجتهد لابن رشد ٢٣٢/٢ ــ مكتبة الإيمان ــ المنصورة ــ ، المغنى ٥٦٨/٤ ، فتح البارى ٨٣/٥ ، المحلى لابن حزم ٢٨٠/٨ ، البحر الزخار ٩٢/٥ ، المصنف لابن أبى شيبة ١٢٤/٥ (١) .

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٢٥٢/٨ ، حاشية قرة عيون الأخيار ١/ ٤٤٧ .

(٣) تبصرة الحكام ١٥٣/١ ، مواهب الجليل ١٢٧/٦ ، شرح الزرقانى ١٣٦/٧ ، نهاية المحتاج ٣٨٨/٧ ، ٣٨٩ ، مغنى المحتاج ١٣٤/٤ ، ١٣٥ ، حاشية الجمل ٣٠٩/٥ .

(٤) الروض المربع ص ٤٨١ ، كشاف القناع ٣٨٤/٦ شرح منتهى الإرادات ٥١٩/٣ .

(٥) فقه الإمام جعفر الصادق ٧٧/٦ .

صغيرة وكبيرة قدمها في حياته ، قال تعالى : ﴿**فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ، ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره**﴾ [١] ، وحتى لا تتعرض حقوقه لدى الغير أو حقوق الغير لديه للضياع ، إن قلنا بعدم صحتها ، أما إذا كان مدعًى عليه في تصرف من التصرفات المالية فينبغي أن يفرق بين ما إذا كانت الدعوى بطلب إبطال هذا التصرفات وما إذا كانت بطلب تنفيذها وترتيب آثارها عليها [٢] ، فإذا كانت بطلب إبطالها ، فينبغي أن تقبل ؛ لأنها لو لم تقبل ، لما عَلِمَ القاضي بوقوع هذه التصرفات منه ، وبالتالي فلا يستطيع أن يحكم ببطلانها واسترداد ما حصل عليه السفيه من أموال الغير بسببها ، فوجب قبولها لذلك .

وإذا كانت بطلب تنفيذها وترتيب آثارها عليها ، فينبغي أن ترفض ؛ لأن في قبولها هدماً لمعنى الحجر من أساسه ، وإبطالاً للهدف منه ؛ لأن الهدف من الحجر على السفيه في أمواله هو المحافظة له عليها حتى يعود إلى رشده ، فإذا ما قلنا بقبول الدعوى عليه بتنفيذ تصرفاته المالية ، وعَلِمَ الناس بذلك ، فإنهم سيتعاملون معه بالنقد وبالنسيئة ، وربما كان فيهم من يستغل فيه سفهه ، ويغبنه في تعامله ، الأمر الذي يؤدي إلى تضييع ماله وهدم معنى الحجر من أساسه ، فوجب أن ترفض لذلك . فإن قيل : إن في ذلك تضييعاً لحق من تعامل مع السفيه . قلنا : إن من تعامل معه هو المفرِّط في حق نفسه ، حيث تعامل معه رغم علمه أن تصرفاته باطلة ، لأنه محجور عليه . **والله تعالى أعلم**

الشرط الثالث : الصفة: يشترط في كل من المدعي والمدعى عليه ، أن يكون ذا صفة في الدعوى . أو بعبارة أخرى - يشترط في كل منهما أن يكون ذا شأن في القضية التي أثيرت حولها الدعوى ويكون المدعي ذا صفة في الدعوى ، إذا كان يطلب الحق لنفسه ، أو لمن له الدعوى عنه بالولاية ، أو الوصاية ، أو القيمومة ، أو الأمانة [٣]

---

(١) الآيتان ٧، ٨ من سورة الزلزلة .

(٢) وإنما خصت التصرفات المالية بذلك ، لأنها هي وحدها التي يحجر عليه فيها. فقد قال الإمام الغزالي : " ثم فائدة الحجر سلب استقلاله في التصرفات المالية كالبيع والشراء " (الوجيز للإمام الغزالي ١٧٦/١ ط دار المعرفة - بيروت - سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .

(٣) كما لو ائتمنك إنسان على مال ، واعتدى عليه آخر ، فإن لك أن تقيم الدعوى على هذا المعتدِي ، لأنك مسئول عن هذا المال الذي هو أمانة عندك . (فقه الإمام جعفر الصادق ٧٧/٦ هامش (١)) .

أو الحسبة .[1] .

ويكون أيضاً ذا صفة فى الدعوى ، إذا كان يطلب فيها بحق مدينه لدى الغير ، وذلك لأن حق الدائنين بعد الحجر على المدين ، يصبح متعلقاً بأمواله [2] ، ومنها ماله من ديون علـــى غيره ، فيجوز طلبها من قِبَل الدائنين ، لأنها لوحكم بها لآلت إليهم ، فيكون طالباً لحق غيره المنتقل إليه .

وبالجملة ، فإن المدعى يكون ذا صفة ، إذا كانت له علاقة بموضوع الدعوى بوجه مـــن الوجوه . أما إذا كان أجنبياً ولا علاقة له بموضوعها من كل الوجوه ، فلا يكون ذا صفة ، وبالتالى لا تسمع دعواه ، وتسمى مثل هذه الدعوى تبرعية [3] .

أما المدعـى علـيه ، فيتحقق شرط الصفة فيه ، إذا كان الشىء المدعَى لديه أو لدى من هو نائب عنه بالولاية أو الوصاية أو القيمومة أو الوكالة أو ما إلى ذلك .

الشرط الرابع : ثبوت الخلطة بين المدعى والمدعى عليه قبل رفع الدعوى:

وللفقهاء فى معنى الخلطة أقوال لا تخرج عن كونها : تكرار المبايعة أو المسالفة بين المدعى والمدعى عليه.أو كون الدعوى مما يشبه أن يرفع مثلهاعلى المدعى عليه [4].

وقـد اختـلف الفقهاء فـى هذا الشـرط . ومحل خلافهم ليس فى سماع الدعوى عند عدم وجود الخلطة أو المعاملة بين طرفى الدعوى ، وإنما هو فى استحلاف المدعى عليه . فلـــو رفع رجل دعوى على من ليس بينه وبينه معاملة ، ولم تكن معه بينة على صدق دعواه ، هل يستحلف المدعى عليه لنفى هذه الدعوى أم لا ؟

---

(١) كمـــا لو ادعى شخص على ميت بدين ، وله صغار ، وفرض أن رجلاً أجنبياً يعلم أن الميت قد سدد هذا الدين ، وله شـــهود على الوفاء ، فله والحال هذه ، أن يرفع الدعوى لدى القضاء ، ببراءة ذمة الميت . وأيضاً لوفرّط الولى أو الوصى بالشىء المولى عليه ، فللأجنبى أن يرفع الدعوى عليهما ، بقصد الإحسان والمعروف ، لا بقصد النكاية والتشهير . (تبصرة الحكـــام لابن فرحون ١٥٧/١ وما بعدها ، شرائع الإسلام للحلى ١٠٦/٤ ، جواهر الكلام ٣٧٦/٤٠ ، فقه الإمام جعفر الصادق ٧٧/٦) .

(٢) قـــال فى البيان : " ... وإذا حجر الحاكم على المفلس ، تعلقت ديون الغرماء بماله " (البيان للإمام العمرانى — أبواب التفليس والحجر والصلح والحوالة بتحقيق شعبان الكومىفايد ٢٠٢/١ ، الأم للإمام الشافعى ٢١٠/٣) .

(٣) فقه الإمام جعفر الصادق ٧٧/٦ .

(٤) الفروق ١٨٤/٤ ، تهذيب الفروق ١٨٥/٤ ، ١٨٦ ، تبصرة الحكام ٢٣٦/١ ، الطرق الحكمية ص ٨٩ .

اختلف الفقهاء فى ذلك إلى مذهبين :

المذهب الأول : يــرى أصــحابه أن المدعى عليه لا يُستحلف فى هذه الحالة لنفى دعوى المدعى ، فالخلطة عندهم شرط لاستحلافه . روى هذا عن على [١] كرم الله وجهه ، وعمــر بن عبد العزيز [٢] وفقهاء المدينة السبعة رضى الله عنهم جميعاً [٣] . وإليه ذهب المالكية فى المشهور ، والإمام أحمد [٤] فى رواية ....

---

(١) هــو أمير المؤمنين على بن أبى طالب بن عبد المطلب الهاشمى القرشى ، ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأول مــن أســلم من الغلمان . ولد بمكة سنة ٣٢ق هــ ، ونشأ فى حجر النبى صلى الله عليه وسلم ، شهد المعارك والفتوحات الإســلامية وشارك فى معظمها ، ونشأ قوياً شجاعاً حتى آلت إليه الخلافة بعد استشهاد عثمان رضى الله عنه سنة ٣٥هــ ، وبعدهــا بــدأت الفتنة ، فكانت معركة الجمل وموقعة صفين . نال الشهادة رضى الله عنه سنة ٤٠هــ . (حلية الأولياء للأصبهانى ٦١/١ ، تاريخ الطبرى ١٥٣/٣ – دار الكتب العلمية – ، طبقات الحفاظ للسيوطى ص ٤ – مكتبة وهبة ،– الأعلام للزركلى ٥٩٥/٤) .

(٢) هو أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموى . ولد بالمدينة المنورة سنة ٦١هــ ونشأ بها . استوزره سليمان بن عبد الملك بالشام . وولى الخلافة سنة ٩٩هــ . وكان رضى الله عنه ورعًا تقياً زاهدًا عادلاً ، حتى لقب بخامس الخلفــاء الراشدين ، نظراً لشدة ورعه وشيوع عدله . استشهد رضى الله عنه إثر تناوله لطعام دُس له السم فيه – كما جاء فى بعــض الــروايات – سنة ١٠١هــ . (تهذيب التهذيب ٤٧٥/٧ ، الأعلام ٥٠/٥ ، قصة الخليفة عمر بن عبد العزيز للأستاذ محمد حسن الجمال ط الدار الذهبية – القاهرة – سنة ١٩٩٥م) .

(٣) وهم : سعيد بن المسيب القرشى ، المتوفى سنة ٩٣هــ . وعروة بن الزبير – ابن أخت السيدة عائشة رضى الله عنها ، المــتوفى ٩٤هــ ، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود المتوفى سنة ٩٩هــ ، وخارجة بن زيد بن ثابت ، المتوفى سنة ١٠٠هــ ، وأبو بكر بن عبيد بن الحارث المتوفى ٩٤هــ ، وسليمان بن يسار المتوفى سنة ١٠٠هــ ، والقاسم بن محمد بن أبى بكر الصديق المتوفى فى سنة ١٠٨ رضى الله عنهم جميعاً . (تاريخ المذاهب الإسلامية للإمام محمد أبى زهره ص ٢٥٨ ط دار الفكر العربى – القاهرة ، طبقات الفقهاء للشيرازى ص ٣٩ وما بعدها ط دار القلم – بيروت –) .

(٤) هو الإمام أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال ، أبو عبد الله الشيبانى ، الوائلى . أصله من مرو ، وكان أبوه والى خراسان . ولــد ببغداد سنة ١٦٤هــ ، ونشأ بها ، وطلب الحديث وهو ابن ست عشرة سنة . وكانت له رحلات كثيرة فى طلب العــلم ، فــرحل إلى الكوفة ، وإلى البصرة ، وإلى مكة وإلى صنعاء ، وإلى اليمن والشام ، والثغور ، والمغرب ، وفارس ، وخراسان ، والجبال والأطراف . وكان من أصحاب الإمام الشافعى وخواصه ، إلى أن ارتحل الشافعى إلى مصر . وقال فيه الإمــام الشافعى : " ما خلفت بالعراق أحدا يشبه أحمد بن حنبل ، وفيه اجتمعت ست خصال : إمام فى الحديث ، إمام فى الفقه ، إمام فى اللغة ، إمام فى الزهد ، إمام فى الورع ، إمام فى السنة " . من مصنفاته – رحمه الله – كتاب المناسك الكبير والصغير ، ورسالة فى الصلاة ، والمسند ، والعلل والرجال، والتاريخ ، والناسخ والمنسوخ ، والرد على الزنادقة فيما ادعت مــن متشابه القرآن ، وله كتاب فى التفسير ، وتوفى رحمه الله سنة ٢٤١هــ ودفن ببغداد .(وفيات الأعيان ٦٣/١، حلية الأولياء ١٦١/٩، الأعلام ٢٠٣/١) .

وابن القيم [1] من الحنابلة ، وأبو سعيد الإصطخرى من الشافعية [2، 3] .

المذهب الثاني : يرى أصحابه أن المدعى عليه يُستحلف فى هذه الحالة،لنفى دعوى المدعي،

---

(١) هو العلامة شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعى ثم الدمشقى ، الفقيه الحنبلى ، بل المجتهد المطلق ، المفسر ، النحوى ، الأصولى ، المتكلم ، الشهير بابن قيم الجوزية ، ولد سنة ٦٩١هـ . وسمع من الشهاب النابلسى وغيره ، وتفقه فى المذهب وبرع وأفتى ، ولازم شيخ الإسلام ابن تيمية إلى أن مات ، فأخذ عنه علماً جَمَّاً مع ماسلف له من الاشتغال ، فصار فريداً فى بابه فى فنون كثيرة . وكان رحمه الله – حسن الخلق، كثير العبادة . قال ابن كثير :" وكنت من أصحب الناس له ، وأحب الناس إليه ، ولا أعرف فى هذا العالم فى زماننا أكثر عبادة منه ". توفى – رحمه الله – سنة ٧٥١هـ وترك مؤلفات كثيرة قيمة منها : تهذيب سنن أبي داود ، سفر الهجرتين وباب السعادتين، وزاد المعاد فى هدى خير العباد ، الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ، أعلام الموقعين عن رب العالمين ، الفوائد، وغيرها . (البداية والنهاية لابن كثير ٢٣٤/١٤ – منشورات مكتبة المعارف – بيروت – ، شذرات الذهب لابن العماد الحنبلى ١٦٨/٦) .

(٢) هو أبو سعيد ، الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى الإصطخرى . المولود سنة ٢٤٤ هـ ، والمتوفى سنة ٣١٨ هـ وقيل : ٣٢٨ هـ ، سمع من معدان بن نصر ، وأحمد بن منصور الرمادى ، وأبى قاسم الأنماطى وغيرهم . وروى عنه ابن المظفر بن شاهين ، والدار قطنى ، وأبو الفتح القواس وغيرهم . كان هو وابن سريج شيخى الشافعية ببغداد ، وكان أبو إسحاق المروزى لا يفتى بحضرته إلا بإذنه ، واستقضاه المقتدر بالله على سجستان . قال الخطيب البغدادى: " كان أحد الأئمة المذكورين ، وشيخ الشافعين ، وكان زاهداً ورعاً ... ومن مصنفاته: كتاب " الأقضية " و " كتاب الفرائض الكبير " و " أدب القضاء " . (وفيات الأعيان ٧٤/٢ ، طبقات السبكى ٢٣٠/٣ ، طبقات الفقهاء للشيرازى ص ٢٠١ ، الفهرست لابن النديم ص ٣٥٨ ط دار الكتب العلمية – بيروت– ، طبقات الفقهاء الشافعية لابن الصلاح ٧٣٥/٢ تهذيب وترتيب الإمام النووى ، تحقيق أ. محيى الدين على نجيب ط دار الثائر الإسلامية سنة ١٤١٣هـ – ١٩٩٢م) .

(٣) وقد استثنى من ذهب إلى هذا الرأى من المالكية ، عدة مسائل لم يشترطوا فيها الخلطة بين طرفى الدعوى لاستحلاف المدعى عليه وهى : ١– أهل التهم والعداء والظلم ، ٢– الصناع فيما ادعى عليهم من أعمالهم أنهم استصنعوهم ، ٣– أهل الأسواق وأرباب الحوانيت فيما ادعى عليهم أنهم باعوه مما يديرون ويتجرون فيه ، ٤– التجار لمن تاجرهم ، ٥– الرجل يحضر المزايدة ويقول البائع : بعتك بكذا ، ويقول المبتاع : بل بكذا ، ٦– الرفقاء فى السفر يدعى بعضهم على بعض ، ٧– الرجل يتضيف عند الرجل فيدعى عليه ، ٨– الرجل يوصى عند الموت أن له على فلان كذا ، ويوصى أنه يتقاضى منه ، ٩ – الغريب ينزل المدينة ، فيدعى أنه استودع رجلاً مالاً . (تبصرة الحكام ١٤٩/١ ، ١٧١ ، ٢٣٦ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١٤٥/٤ ، ١٤٦ ، شرح الزرقانى ١٣٧/٧، ١٣٨ ، شرح منح الجليل ١٧٣/٤، ١٧٤ ، القوانين الفقهية ص ١٩٦، ١٩٧ ، الموطأ ٢/ ٧٢٦ (٨) ، الكافى للقرطبى ص ٤٧٨ ، العزيز للرافعى ١٥٩/٣ ط دار الكتب العلمية – بيروت – أدب القضاء لابن أبى الدم ص ١٣٥ روضة الطالبين ١١/١٢ ط المكتب الإسلامي ، المغنى والشرح الكبير ١١/ ٤١١ ، ٤١٦ ، الطرق الحكمية لابن القيم ص ٩٠ ، ٩١ فتح البارى ٥ / ٣٣٤ ، سنن البيهقى ١٠ / ٢٥٣ ، نيل الأوطار ٨ / ٣٠٥) .

فالخلطة عندهم ليست شرطاً لاستحلاف المدعى عليه .

وإلى هذا ذهب الحنفية ، وعامة الشافعية ، والإمام أحمد في رواية عليها عامة الحنابلة ، وبعض المالكية - وهو المعتمد عندهم - و الإمامية و الزيدية[١]

الأدلة والمناقشات :

أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول على اشتراط الخلطة لاستحلاف المدعى عليه ، بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

أما الكتاب فمنه :

١- قوله تعالى : ﴿ **وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قُدَّ من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وإن كان قميصه قُدَّ من دبر فكذبت وهو من الصادقين**﴾[٢] .

وجه الدلالة من هاتين الآيتين : أنهما أفادتا أن من جاء بدعوى تصدقها العادة ، تقبل دعواه ويكون صادقا ، ومن جاء بدعوى تكذبها العادة ، ترفض دعواه ويكون كاذباً . ومن يدعي بدعوى على من ليس بينه وبينه أي معاملة ، يعد من النوع الثاني ، وخاصة إذا لم تكن معه بينة على صدق دعواه . فكانت هاتان الآيتان نصاً في المدعى[٣].

٢- قوله تعالى : ﴿ **خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين**﴾ .[٤]

وجه الدلالة من هذه الآية : أن الله تعالى قد أمر فيها بالحكم بما هو متعارف عليه بين الناس ، ومعلوم أن كل دعوى ينفيها العرف ، لابد وأن يظن بها البطلان ، ومن الدعاوى التي ينفيها العرف ، الدعوى التي لم يسبقها خلطة بين المدعي والمدعى عليه ، فوجب أن ترفض [٥]

---

(١) البناية للعيني ٨ / ٣٩٠ ، حاشية الدسوقي ٤ / ١٤٥ ، شرح منح الجليل للشيخ عليش ٤ / ١٧٢ ، الحاوي الكبير للماوردي ١٧ / ٣٠٠ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٣٥ ، العزيز للرافعي ١٣ / ١٥٩ ، روضة الطالبين ١٢ / ١١ ، مغني المحتاج ٤ / ٥٩١ ، المغني والشرح الكبير ١١ / ٤١١ ، ٤١٦ ، السيل الجرار ٤ / ١٥٥ ، شرائع الإسلام ٤ / ١٠٦ ، ١٠٧ ، فتح الباري ٥ / ٣٣٤ ، نيل الأوطار ٨ / ٣٠٥ .

(٢) الآيتان ٢٦، ٢٧ من سورة يوسف .

(٣) الكافي للقرطبي ص ٤٧٨ .

(٤) الآية ١٩٩ من سورة الأعراف .

(٥) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٩٢ .

وأما السنة فمنها :

١-مـــا رواه سحنون [١] أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: :" **البيـــنة على المدعى واليمين على من أنكر إذا لم يكن بينهما خلطة** " [٢] .

فقد أفاد هذا الحديث بصراحته اشتراط الخلطة بين طرفي الدعوى لاستحلاف المدعى عليه ، حيث إنه علّق تحليف المدعى عليه على ثبوت الخلطة ، فدل على أنها شرط وهذا الشرط وإن كان زائداً في الحديث ، إلا أنه زيادة من عدل ، وزيادة العدل مقبولة [٣] .

٢-ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : :" **أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم إلا الحدود** " [٤] .

وجه الدلالة من هذا الحديث ظاهر ،حيث أنه صلى الله عليه وسلم قد أمر فيه الأمة بأن تحفظ لذوى الأقدار والمروءات وأهل العلم والدين مكانتهم ، وذلك بالتماس العذر وقبول الشفاعة لهم ، فيما يقعون فيه من زلات تستوجب التعزير [٥] ، وإذا كان هذا لازماً لمن يقع منهـــم في بعض الزلات ، حفاظاً على هيبتهم ومكانتهم ، فلا شك أنه يكون ألزم وأوجب بالنسبة لمـــن لم يثبت عليه منهم مثل ذلك ، ويكون هذا الحديث نصاً في المطلوب .

---

(١) هو سحنون بن عبد السلام بن حبيب التنوخي ، ولد سنة ١٦٠هـ ، أصله من حمص ، سمع من ابن القاسم وابن وهب وأشهب وغيرهم بمصر ، ثم رحل إلى المدينة ولقي علماءها بعد وفاة الإمام مالك ، ثم انصرف إلى إفريقيا سنة ١٩١ . كان فقـــيها بارعاً ورعاً في الحق ، زاهداً في الدنيا ، تولى القضاء بإفريقيا على عهد بني الأغلب سنة ٢٢٤هـ ، فقضى بالعدل عـــلى الجميع من أمير أو غيره ، وكان لا يأخذ لنفسه رزقاً ولا صلة من السلطان في مدة قضائه . وتوفى – رحمه الله – سنة ٢٤٠هـ (سير أعلام النبلاء للذهبي ٦٣/١٢ (١٥) ، وفيات الأعيان ١٨٠/٣ ، الديباج المذهب لابن فرحون المالكى ص ١٦٠ ، ط دار الكتب العلمية – بيروت – ، شذرات الذهب ٩٤/٢) .

(٢) سبق تخريجه في ص ١١ .

(٣) الفروق ١٨٤/٤، تهذيب الفروق ١٨٦/٤ ، البحر المحيط للزركشي ٣٢٩/٤ وما بعدها ط دار الصفوة – القاهرة –

(٤) رواه أبـــو داود في ســـننه ٤/ ١٣٣ (٤٣٧٥) ، وابن حبان في صحيحه ١٥٣/١ ، ١٥٤ (٩٤) ، والطحاوى في مشكل الآثار ١٢٦/٣ وما بعدها ، والبغوى في شرح السنة ٣٣٠/١٠ ، وابن حجر في الفتح كتاب الحدود ٩٠/١٢ عن عائشة رضى الله عنها – واللفظ لأبي داود .

(٥) الحاوي الكبير ٣٠٠/١٧ ، فتح البارى ٩٠/١٢.

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث : بأنه استدلال غير صحيـــح ، لأنه معارض بالأمــر بالتســوية بين الخصوم الوارد فى قوله تعالى : **﴿ يا داود إنا جعلنــــاك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله﴾** [1] . فهذا الأمـــــر عـــام ولا يجوز تخصيصه إلا بمخصص ، ولم يرد مخصص ، فوجب أن يظــل على عمومــــــه [2].

ويجاب عن ذلك : بأنه لا تعارض بين الآية الكريمة والحديث الشريف ، ذلك أن الآية الكريمة أمرت بالحكم بالحق الذي أنزله الله سبحانه وتعالى ، ونهت عن اتباع الهوى والحكم بغير ما أنزل الله تعالى . ومن الحق الذي ورد في شرعنا الحنيف أن لا تساوى بين أهل العلم والفضل وأصحاب المكانة الرفيعة في الورع والتقوى وبين غيرهم ، قال تعالى : **﴿هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون ﴾** [3] ، وذلك يقتضى أن لا نطلب منهم اليمين لمجرد أن يدعى عليهم غيرهم دعوى لا بينة له عليها ، وإنما لابد من أن نلتمس لهم ما يقيلهم من هذا التبذل والنزول إلى مرتبة العامة ، وهو ما أمر به الحديث الشريف، ولن يكون ذلك إلا فى اشتراط هذا الشرط .

وأما الإجماع : فـــلأن هذا ما رآه الإمام على كرم الله وجهه ،حيث روى عنه أنه قال: " **لايعدى الحاكم على الخصم إلا أن يعلم أن بينهما معاملة** " ولم ينقل عن أحد من الصحابة رضىالله عنهم خلافه فكان إجماعاً .كما أن هذا عمل أهل المدينة وهو حجة [4]

وأما المعقول : فهو أن الحفاظ على ذوى الهيئات والمروءات واجب ، وهو لا يتأتى إلا باشتراط هذا الشرط ، إذ لولاه لتجرأ السفهاء عليهم بتبذ يلهم عند الحكام بالتحليف ، وذلك شاق عليهم ، وقد يدفعهم إلى أن يصالحوا هؤلاء السفهاء على أن يدفعوا لهم مبلغاً من المال ، فِديــة لأيمانهم ، وقد فعل ذلك عثمان [5] وغيره رضى الله عنهم وهذا ظلم كبير وضرر مستطيـــــر ،

---

(١) من الآية ٢٦ من سورة ص .

(٢) الحاوي الكبير ١٧ / ٣٠٠ .

(٣) من الآية ٩ من سورة الزمر .

(٤) الفرق للقرافى ١٨٤/٤ ، تهذيب الفروق ١٨٦/٤ .

(٥) هــو أمير المؤمنين عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف القرشي الأموي ذو النورين – رقية وأم كلثوم – ابـنتي رســـول الله صلى الله عليه وسلم ، لم يتزوج أحد قط ابنتي نبي غيره . ولد رضى الله عنه في السنة السادسة من عام الفيل ، وأســلم في أول الدعـــوة ، وهاجر إلى الحبشة ، ثم إلى المدينة ؛ ولذا يعد من السابقين الأولين وأول المهاجرين . بويع بالخلافة بعد دفن عمر رضى الله عنه بثلاث ليال . ومن أهم أعماله : جمع القرآن الكريم ، وهو أول من قطع القطائع ، وأول من حمى الحمى ، وأول من اتخــذ صاحب شرطة . روى له عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة وستة وأربعون حديثاً . نال الشهادة رضى الله عنه يوم الجمعة لثمان عشرة خلت من ذي الحجة سنه خمس وثلاثين للهجرة . ودفن بالبقيع . (الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر العسقلانى ٤ /٢٢٣ – ط ١ مطبعة النهضة سنة ١٣٩٧هـــ – ١٩٧٧م) ، شذرات الذهب ١/ ٤٠ ، الأعلام ٤/ ٢١٠) .

كما أنه لو حلف ، قد يقدر الله سبحانه وتعالى عليه مصيبة عقب الحلف ، فيؤدى ذلك إلى اتهامه بين الناس ، وتقولهم عليه بأن تلك المصيبة كانت بسبب الحلف . وفى هذا من التشهير بصفوة المجتمع وانتزاع الثقة منهم ما فيه ، فيتعين حسم هذا الباب إلا عند قيام مرجح ؛ لأن صيانة الأعراض واجبة ، والقواعد تقتضى درء مثل هذه المفسدة [١] .

وقد نوقش هذا الاستدلال : بأنه غير صحيح ، لوجهين :

أحدهما : أنه وإن تضرر المدعى عليه من وجوب إحضاره واستحلافه فى هذه الحالة ،إلا أن فى تركه ضرراً سيلحق بالمدعى ، وضرر المدعى أعظم من ضرر المدعي عليه، لأنه سيضيع حقه ، وهذا ظلم وهو منهى عنه ، فوجب ارتكاب أخف الضررين ، وذلك بإحضار المدعى عليه واستحلافه ، خاصة وأن له أن يوكل من يقوم مقامه إذا كره الحضور[٢].

والثانى : أن اليمين الصادقة لا عار فيها ؟، وقد حلف عمر وغيره من السلف رضى الله عنهم ، وقال لعثمان رضى الله عنه لما بلغه أن افتدى يمينه : " ما منعك أن تحلف إذا كنت صادقاً " [٣] .

وأجيب عن الوجه الأول من هذه المناقشة بوجهين :

أحدهما : أن هذه المناقشة معارضة بما سبق ذكره من تسلط الفسقة السفلة على الأتقياء والأخيار بالتحليف عند القضاة ، وأنه يفتح باب دعوى أحد العامة على الحاكم أو القاضـــي أنه أستاجره ، أو على أحد أعيان العلماء أنه قاوله أو عاقده على كنس مرحاضه وخياطة ثوبه ونحو ذلك مما يقطع بكذبه[٤].

والثانى : أن القـــول بأن له أن يوكل من يحضر عنه مجلس الحاكم إن كره الحضور ، يرد بأن الخلاف ليس على حضوره ، وإنما عل استحلافه .وهو ما لا يصح التوكيل فيه،

---

(١) الفروق للقرافى ١٨٤/٤، ١٨٥ ، تهذيب الفروق ١٨٦/٤ ، المغنى والشرح الكبير ٤١١/١١ ، ٤١٦ ،٤١٧ الطرق الحكمية لابن القيم ص ٩٠ ، ٩١ .

(٢) المغنى والشرح الكبير ١١ /٤١١ ، ٤١٧ .

(٣) الطرق الحكمية لأبن القيم ص ٩١ .

(٤) الفروق ٤ / ١٨٦ ، ١٨٧ ، تهذيب الفروق ٤ / ١٨٧ .

كمـــا قـــرر الفقهاء ، لأنها تتعلق بعين الحالف ، فأشبهت العبادات البدنية والحدود[١]. أما الحضور ، فنحن نقول به ، إذ لاعار فيه ولا نقص يلحق من حضر مجلس الحاكم ، لأن الناس يحضرونه في حوائج لهم ومهمات ، وأيضاً فإنه يمكن المدعى من إحضاره ، لعله يقيم عليه البينة ولا يقطعه عن حقه[٢].

أما الوجـه الـثانى من المناقشة : فقد أجيب عنه بأن نكارة العادات لا معنى لها ، فلو لم تكن هذه اليمين عاراً لما افتدى كثير من الصحابة والسلف الصالح رضى الله عنهم أيمـــانهم . أما ما روى عن عمر رضى الله عنه ، فإنه كان لتقوية نفس عثمان رضى الله عـــنه ، وأنـــه إذا حلف صادقاً فهو مصيب فى الشرع ، ليضعف بذلك نفوس من يريدون الإعـــنات ، ويطمعـــون فى أموال الناس بادعاء المحال ، ليفتدوا أيمانهم منهم بأموالهم . وأيضـــاً فإن أرادوا اليمين الصادقة لا عار فيها عند الله تعالى ، فصحيح ، ولكن ليس كل مـــا لم يكن عاراً عند الله تعالى لم يكن عاراً فى ذلك ، ونحن نعلم أن المباح لا عار فيه عند الله تعالى هذا إذا علم كون اليمين صدقاً ، وكلا منا فى يمين مطلقة لا يعلم باطنها[٣] .

أدلة المذهب الثانى :

اســـتدل أصـــحاب المذهب الثانى على عدم اشتراط الخلطة بين طرفى الدعوى لتحليف المدعى عليه بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ **يا داود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الـناس بـالحق ولا تـتبع الهـوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب** ﴾[٤].

وجـه الدلالة من هذه الآية : ان الله تعالى قد أمر فيها نبيه داود عليه السلام بأن يحكـــم بيـــن الـــناس بالحق ، ومن مقتضيات الحكم بين الناس بالحق ، أن يسوى بينهم ، ويـــترك الميل لبعضهم على حساب البعض الآخر ، حتى لا يضل عن سبيل الله ، فيكون أهلاً لهذا الوعيد الشديد ، الذى أخبرت عنه الآية الكريمة . وهذا الحكم ليس خاصاً بداود

---

(١) يقـــول ابنا قدامة ـــ رحمهما الله ـــ : " ولا يصح ـــ التوكيل ـــ فى الأيمان والنذور ، لأنها تتعلق بعين الحالف والناذر ، فأشبهت العبادات البدنية والحدود " (المغنى والشرح الكبير ٥ / ٢٠٥) .

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٩١ ، ٩٢ .

(٣) الطرق الحكمية لأبن القيم ص ٩١ ، ٩٢ .

(٤) الآية ٢٦ من سورة ص .

عليه السلام وحده ، وإنما هو عام لكل ولاة الأمور ، ومنهم القضاة ، لأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ما ينسخه ، كما هو معروف في علم الأصول[1] .

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال :

بأنـه استدلال في غير محل النزاع ، ذلك أن الآية الكريمة تقضي بوجوب الحكم بـالحق المـنزل مـن عند الله تبارك وتعالى ، وعدم العدول عنه ، وليس فيها دليل على استحلاف المدعـى عليه لنفي دعوى صاحبه أيا كان مركزه ، ولو صح الاستدلال بهذه الآيـة في هذا الموطن ، لكانت دليلاً لأصحاب المذهب الأول ، كما سبق توضيحه أثناء الرد على مناقشة الاستدلال بحديث : " **أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود** "[2]

أما السنة : فأحاديث كثيرة منها :

١- ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه:"**قضى باليمين على المدعى عليه** "[3]وفي روايـة : أنه صلى الله عليه وسلم قال " **لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه** " [4] .

٢- مـا روى عـن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : :" **البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه** " [5] .

---

(1) الحاوي الكبير للماوردي ١٧ / ٣٠٠ .

(2) راجع صـ ٥٩ .

(3) ( ) رواه البخاري والترمذي من حديث ابن عباس رضي الله عنهما . (صحيح البخاري مع الفتح كتاب الرهن باب ٦ – ٥ / ١٧٢ (٢٥١٤) ، كتاب الشهادات باب ٢٠ – ٥ / ٣٣١ (٢٦٦٨) ، صحيح الترمذي مع التحفة ٤ / ٤٧٦ (١٣٥٨) ط دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ) .

(4) رواه الشيخان والدار قطني والبغوي من حديث ابن عباس رضي الله عنهما – واللفظ لمسلم والدار قطني والبغوي – . ورواه البـيهقي وزاد : "**ولكن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه** " قال الحافظ عن هذه الزيادة : " وإسنادها حسن " وللحديث عند البيهقي ألفاظ أخرى . (صحيح البخاري مع الفتح كتاب التفسير باب٣-٨ / ٦١ (٤٥٥٢) ، صحيح مسلم بشرح النووي كتاب الأقضية باب ٣ – ١٢ / ٢ ، ٣ (١ / ١٧١١) ، سنن الدار قطني ٤ / ١٥٧(٩) ، شرح السنة للبغوي ١٠ /١٠١ ، سنن البيهقي ١٠ / ٢٥٢ ، فتح الباري ٥ /٣٣٤) .

(5) سبق تخريجه في ص ١١ .

٣-ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لرجل ادعى على غيره بدعوى : **" شاهداك أو يمينه "** [١] .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث : أنها أفادت بعمومها وجوب تحليف المدعى عليه لنفى دعوى المدعى إذا لم تكن معه بينة ، سواء ثبتت بينهما خلطة أو لم تثبت فدلت على أنها غير شرط [٢]

وقد نوقش هذا الاستدلال :بأن الحديثين الأول والثانى ، لا يفيدان عدم اشتراط ثبوت الخلطة لتحليف المدعى عليه ، وذلك لوجهين :

أحدهما : أن مقصودهما بيان من عليه البينة ومن عليه اليمين ، لا بيان حال من تتوجه عليه اليمين . والقاعدة أن اللفظ إذا ورد لمعنى ، لا يحتج به فى غيره ؛ لأن المتكلم معرض عن ذلك الغير [٣] .

والآخر : أن العام فى الأشخاص غير عام فى الأحوال والأزمنة والبقاع والمتعلقات [٤] ، فيكون الحديث مطلقاً فى أحوال الحالفين ، فيحمل على الحالة المحتملة . وهى المتقدمة التى فيها الخلطة ، لأنها المجمع عليها ، فلا يحتج به فى غيرها ، وإلا لكان عاماً فى الأحوال ، وليس كذلك [٥] .

---

(١)رواه الأئمة : أحمد فى مسنده ٥ /٢١١ ، والبخارى فى صحيحه كتاب الرهن باب ٦ ، كتاب الشهادات باب ٢٠- ١٧٢/٥ ، ٣٣١ (٢٥١٥ ، ٢٥١٦ ، ٢٦٦٩ ، ٢٦٧٠) ، كتاب الديات باب القسامة ١٢ / ٢٣٩ مع الفتح ، ومسلم فى صحيحه كتاب الإيمان باب ٦١ ــ ١٥٧/٢ ، ١٥٨ (٢٢٠ ، ٢٢١) بشرح النووى ، وأبو داود فى سننه ٣١١/٣ ، ٣١٢ (٣٦٢١) عن الأشعث بن قيس أنه قال: كان بيني وبين رجل خصومة فى بئر فاختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " شاهداك أو يمينه " . قلت : إنه إذن يحلف ولا يبالى . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من حلف على يمين يستحق بها مالاً وهو فيها فاجر ، لقى الله وهو عليه غضبان " . واللفظ للبخاري .

(٢) فتح البارى ٣٣٤/٥ ، نيل الأوطار ٣٠٥/٨ ، شرح منح الجليل ١٧٢/٤ ، الفروق ١٨٥/٤ ، تهذيب الفروق ٤/ ١٨٧ .

(٣) الفروق ١٨٥/٤ ، تهذيب الفروق ١٨٧/٤ .

(٤) يلاحظ أن هذه القاعدة ليست مسلمة عند جميع الأصوليين ، وإنما هي محل خلاف بينهم ، المشهور فيه خلافها ، أي أن العام في الأشخاص عام في الأحوال والأزمنة والبقاع والمتعلقات . (البحر المحيط للزركشى ٢٩/٣ ، ٣٠ ، شرح المحلى على جمع الجوامع لابن السبكى ٥١٥/١ ، ٥١٦ ط دار الكتب العلمية – بيروت –) .

(٥) الفروق وتهذيبه ١٨٥/٤ ، ١٨٦ ، ١٨٧ .

أما الحديث الثالث : فإنه أيضاً لا يفيد عدم اشتراط هذا الشرط ، لوجهين :

أحدهما : أن مقصوده بيان الحصر ، وبيان من يختص به منهما ، لا بيان شرط ذلك ؛ بدليل أنه صلى الله عليه وسلم أعرض عن شروط البينة من العدالة وغيرها .

والآخر: أنه ليس عاماً فى الأشخاص ، لأن المخالطة للشخص الواحد لا تعم ، فيحمل على الحالة التى ذكرها أصحاب المذهب الأول ، للحديث الذي استدلوا به [١] .

وأما المعقول : فمن وجوه :

أحدها : أن خمـول المدعـى لا يمنع أن يكون ذا حق ، وصيانة المدعى عليه ومهابته ، لا تمنع أن يكون عليه حق[٢] .

ثانيها : أن المعاملة لا تدل على بقاء الحق ، وعدمها لا يمنع من حدوث الحق ، فلم يكن لاعتبارها في الدعاوى وجه [٣]

ثالثها : أن فى اشتراط هذا الشرط تضييعاً للحقوق وإقراراً للظلم ، فإنه قد يثبت الحـق للمدعى على من هو أرفع منه بغصب ، أو يشترى منه شيئاً ولا يوفيه أو يودعه شيئاً أو يعيره إياه فلا يرده ، ولا تعلم بينهما معاملة ، فإذا لم يعد عليه ، سقط حقه ، وهذا أعظم ضرراً من حضوره مجلس الحاكم ، فإنه لا نقيصة فيه[٤] .

ويمكن مناقشة الاستدلال بالوجهين الأولين :

بأن المعاملة وإن كانت لا تدل على بقاء الحق ، إلا أنها تورث شبهة فى وجوده ، وخاصـة إذا رفعت دعوى للمطالبة به ، وهذا الشبهة جديرة بأن يدفعها المدعى عليه عن نفسـه ، وهو لا يستطيع ذلك إلا باليمين ، فوجب استحلافه فى هذه الحالة لذلك . بخلاف ما إذا لم تكن هناك معاملة .

كما يمكن مناقشة الاستدلال بالوجه الثالث : بأنه احتمال ضعيف لا يقوى علـى رفع هذا الشرط ، إذ كيف يتصور من عالم جليل القدر ، أو عابد مشهور بالعبادة والزهد ، أن يغصب حقوق الناس ، أو أن لا يوفيها لهم ؟ إن هذا فى غاية البعد . ثم إنه

---

(١) الفروق وتهذيبه ١٨٥/٤ ، ١٨٦ ، ١٨٧ .

(٢) الحاوي الكبير للماوردى ٣٠٠/١٧ .

(٣) الحاوي الكبير للماوردى ٣٠٠/١٧

(٤) المغنى والشرح الكبير ٤١١/١١، ٤١٦ .

حتى وإن حدثت معاملةٌ بينهما دون أن يعلم بها أحد ، فإن المدعى يكون هو المقصر فى حق نفسه ، وذلك لأنه لم يمتثل قول الله تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلي أجل مسمى فاكتبوه** ﴾ (١) ، فهذا الأمر وإن كان محمولاً على الندب – كما ذهب إلـيه جمهـور الفقهاء[٢] – إلا أن العمل به أحوط ، وأبلغ فى منع وقوع المنازعات بين الناس ، فكان عليه أن يمتثله. ثم إن الخلاف ليس على حضور المدعى عليه مجلس الحاكم ، حيث لا ضرر فى ذلك، وإنما الخلاف فى استحلاف المدعى عليه فى هذه الحالة

المذهب المختار :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء فى اشتراط الخلطة بين طرفى الدعوى لاستحلاف المدعى عليه على نفى دعوى المدعى عند عدم وجود بينة معه ، وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات وأجوبة ، يترجح في نظري ، ما ذهب إليه الفقيه أبو العباس اللؤلؤى [٣] من التفريق بين ما إذا كانت الدعوى مرفوعة على من هو على شاكلة المدعى ، أى على مـن يشـابهه أو يقاربه في المهنة والنمط الاجتماعي ، وبين ما إذا كانت مرفوعة على الـرجل العدل المبرَّز في العدالة والتقوى ممن ليس على شاكلته ولا على نمطه ، فتجب اليمين في الحالة الأولى إذا وجد داعيها ، ولاتجب في الحالة الثانية إلا بثبوت الخلطة[٤] .

---

(١)من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٢)الأم للإمام الشافعى ٧٦/٣ ، المغنى ٣٣٧/٤ ، نيل الأوطار ١٧١/٥ ، تفسير الفخر الرازى ١١٥/٧ ، تفسير القرطبى ٣٨٣/٣ ط دار إحياء التراث العربي – بيروت – ، تفسير الطبرى ٧٧/٣ ط دار الريان للتراث ، تفسير البغوى ٢٦٧/١ ، فقه الكتاب والسنة د. أمير عبد العزيز ٧٨٠/٢ ط دار السلام – القاهرة – .

(٣) هو محمد بن أحمد ، ويقال : أحمد بن عبد الله الأموى المعروف باللؤلؤى نسبة إلى صناعة أبيه قال ابن فرحون " برع فى علـم السـنن وتقـدم فى الفتيا ، وأخذ من جميع العلوم الإسلامية بنصيب وافر ، وكان من أهل الحدس الصادق والقياس العجيب والرأى المصيب . وكان إماماً فى الفقه على مذهب مالك ، مقدماً فى الفتيا على أصحابه " وقال ابن إسحاق : " كـان اللؤلؤى من أحفظ أهل زمانه بمذهب مالك ، ولم تكن له رحلة ، كان صدر المفتين وأدراهم وأفقههم فى تلك المعانى وكـان مقدماً فى الشورى ، أفقه أهل عصره وأبصرهم بالفتيا وعليه مدار طلاب العلم فى زمانه وعليه تفقه محمد بن زرب القاضي " وتوفى رحمه الله سنة ٣٥٠ وقيل سنة ٣٥١هـ . (الديباج المذهب لابن فرحون ص ٢٥٢ ، سير أعلام النبلاء للذهبى ٢٧/١٦ (٦)) .

(٤) فقد جاء في التبصرة : " قال ابن الهندي في وثائقه : وقد رأيت بعض من كان يقتدي به ، وهو أبو العباس أحمد بن عبد الله اللؤلؤى ، يتوسط في إثبات الخلطة ، فيرى أنه إذا ادعى الأشكال بعضهم على بعض دعاوى توجب الأيمان ، فإنها تجب وإذا ادعى على الرجل العدل المبَرَّز ، من ليس من شكله ولا نمطه ، لم تجب له اليمين عليه إلا بثبوت الخلطة " . (تبصرة الحكام ٢٣٦،٢٣٧/١) .

وإنما كان هذا راجحاً في نظري ، لأن فيه إعمالاً لأدلة كلا المذهبين ، الأول الذي يشترط الخلطة ، والثاني الذي لا يشترطها ، وأدلة الرأي الثاني وإن كانت ضعيفة ومردوداً عليها ، إلا أن العمل بها أولى من إهمالها ، فيعمل بها إذا كان أطراف الدعوى متشابهين أو متقاربين في الاتجاه والنمط . أما إذا كان بين الطرفين تباعد في الاتجاه والهدف ، يستبعد معه حدوث معاملة بينهما ، خاصة إذا كان المدعى عليه عظيم الشأن جليل القدر في العلم والتقوى والزهد والورع ، فلابد من ثبوت الخلطة حتى يستحلف إذا لم تكن مع المدعى بينة ، **وذلك لما يلي :**

أولاً : قوة الأدلة التى استدل بها أصحاب المذهب الأول ، وسلامتها من المعارضة .

ثانياً : أن الله تعالى قد خلق الناس متفاوتين فى الفضل، **قال تعالى: :﴿ نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضاً سخرياً ﴾**[1] ، وقال تعالى أيضاً : :**﴿ هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون ﴾**[2]. وهذا التفاوت لابد من الاعتراف به ، وتحقيق مقتضياته ، ومن مقتضياته ، تكريم وإجلال من فضله الله تعالى بالعلم والورع والتقوى ، وعدم النزول به إلى مرتبة السفهاء السفلة .

ثالثاً : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : :" **أنزلوا الناس منازلهم** "[3] ، ويقول أيضاً : :" **إن من إجلال الله تعالي إكرام ذى الشيبة المسلم ، وحامل القرآن غير الغالي فيه والجافى عنه ، وإكرام ذى السلطان المقسط** "[4] .

---

(١) من الآية ٣٢ من سورة الزخرف .

(٢) من الآية ٩ من سورة الزمر .

(٣) . رواه أبو داود عن ميمون بن أبي شبيب أن عائشة عليها السلام مر بها سائل فاعطته كسرة ، ومر بها رجل عليه ثياب وهيئة فاقعدته فأكل . فقيل لها فى ذلك . فقالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أنزلوا الناس منازلهم " . لكن قال ميمون لم يدرك عائشة " . وذكره مسلم فى أول صحيحه تعليقاً فقال : وذكر عن عائشة رضى الله عنها قالت : " أمرنا رسول الله صلى الله علية وسلم أن نــزل الناس منازلهم " قال الإمام النووى : وذكره الحاكم أبو عبد الله فى كتابه " معرفة علوم الحديث " وقال : هو حديث صحيح .(سنن أبي داود كتاب الأدب ٢٦١/٤ (٤٨٤٢) ، صحيح مسلم بشرح النووى ٥٥/١ ، رياض الصالحين للنووى ص ١٧٤ (٣٦٠) تحقيق محمد ناصر الدين الألبانى ط المكتب الإسلامى بيروت .) .

(٤)رواه أبو داود والبيهقى والبغوى من حديث أبي موسى الأشعرى رضى الله عنه واللفظ لأبي داود – قال الإمام النووى : " وهو حديث حسن " وقال ابن حجر : " وإسناده حسن " وأورده ابن الجوزى فى الموضوعات عن ابن عمر رضى الله عنهما وقال : " هذا حديث لا يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم " كما أورده الذهبى فى الميزان . ونقل عن ابن حبان قوله : " وهذا لا أصل له " . وتعقبهما ابن حجر بقوله : " ولم يصبا جميعاً وله الأصل الأصيل من حديث أبي موسى ، واللوم فيه على ابن الجوزى أكثر ، =

ففي الحديث الأول ، يأمرنا النبي صلى الله عليه وسلم بأن نقدر للناس قدرهم ونعرف لهم حقوقهم ، وننزلهم المنازل اللائقة بهم . **وفي الحديث الثاني** ، يحثنا صلى الله عليه وسلم على تعظيم وإكبار صاحب الشيبة الهرم الوقور من طاعة الله ، وحامل القرآن المخلص لله ، غير المتشدد فيه أو المعرض عنه ، وصاحب الكلمة النافذة العادل الوالي . ولا يتأتى ذلك إلا بصيانة هؤلاء وحفظ مكانتهم ، والاحتياط لأمرهم ، وزجر الفسقة عن التقليل من هيبتهم وشأنهم ، وهذا الشرط يساعد على ذلك .

رابعاً : أن في عدم اشتراط هذا الشرط ، فتحاً لباب كبير يدخل منه السفهاء والفساق علـــى الـــثقاة الثقاة ، ليعكروا عليهم صفوهم ، برفع الدعاوى التي لا أساس لها عليهم ، طمعـــاً فـــي الحصول على مصالحتهم بجزء من أموالهم ، افتداء لأيمانهم ، أو رغبة في إشغال وقتهم وفكرهم ، حتى ينشغلوا عن القيام بدورهم في تنوير المجتمع وتثقيفه وتقويمه وفـــي هذا من الفساد ما فيه ، خاصة في هذا الزمان ، الذي كثر فيه الطامعون ، الأكالون للسحت ، الذين لا يراعون للإسلام حرمة ، ولا يكنون لعلمائه احتراماً[1] ، والذي كثر فيه أيضـــاً العلمانـــيون وغـــيرهم من أصحاب التيارات المعادية للإسلام ورموزه ، الذين لا يتمـــنون للإســـلام ولا لرموزه إلا السقوط والاندثار ، ولا يستبعد على هؤلاء أن يغروا ســـفهاءهم وســـفلة قومهم ، بأن يرفعوا دعاوى على هؤلاء الرموز ؛ كي يستدرجوهم إلى المحاكم ، لأداء الايمان على نفي هذه الدعاوى ، وفي نفس الوقت يدبرون لهم ما يتسبب فـــي نـــزول المصائب بهم ، حتى ينتزعوا ثقة الناس منهم – خاصة مع ضعف الإيمان بالقدر الذي ابتُلي به كثير من معاصرينا في هذه الأيام – ؛ لأنهم حينئذ سيرجعون السبب إلـــى اليمين ، ويروجون لذلك ، مما يؤدي إلى انتزاع الناس ثقتهم من علمائهم ، وصرف وجوههم عنهم ، وهذا الفساد درؤه واجب ، ومقدم على المصلحة ، خاصة وأن المصلحة – إن وجدت – فهي قليلة ولا تقارن بعظم الفساد الذي سيحدث لو لم يوجد هذا الشـــــرط .

والله تعالى أعلم..

=لأنه خرج على الأبواب " . (سنن أبي داود كتاب الأدب ٤/٢٦١ ، ٢٦٢ (٤٨٤٣) ، سنن البيهقي كتاب قتال أهل البغي ٨/ ١٦٣ ، شـــرح السنة للبغوى ١٣/٤٢ ، الموضوعات لابن الجوزى ١/١٨٢ ، ١٨٣ – المكتبة السلفية – المدينة المنورة ط ١ سنة ١٣٨٦ – ١٩٦٦ م ، مـــيزان الاعتدال للذهبي ٢/٦٠٣ (٥٠٢٥) تحقيق محمد علي البجاوى ، فتحية علي البجاوى ط دار الفكر العـــربي ، ريـــــاض الصـــالحين للنووى ص ١٧٣ (٣٥٨)، تلخيص الحبير لابن حجر ٢/ ١١٨ (٧٦٢) الترغيب والترهيب للمنذرى ،ضبط وتعليق مصطفى محمد عمارة ١/ ١١٣ ط ٣ دار الإيمان – دمشق –)

[1] أنظر في نفس المعنى : الطرق الحكمية لابن القيم ص ٩٠ ، ٩١ .

الشرط الخامس: أن يكون المدعى عليه معلوماً :

وقـد اشترط هذا الشرط عامة الفقهاء ، فلو كان المدعى عليه مجهولاً ، كأن قال المدعي: لي على أحد أهل هذه القرية مائة دينار ، لم تصح دعواه [١] ، لأن فائدة الدعوى الإلـزام والحكـم فيما إذا ثبتت ، فلو كان المدعى عليه مجهولاً ، لم يتحقق الإشهاد ولا الإلزام ، حيث لا يوجد أحد يؤمر بأن يؤدى للمدعى حقه [٢] .

وهـذا الشـرط يكفى لتحققه العلم بوصف المدعى عليه أو بعينه ، فالجهل باسمه ونسبه لا يمنع من نفوذ الحكم عليه ، ولكن في هذه الحالة لابد من حضوره الحكم [٣] .

وقـد خـالف فـي اشتراط هذا الشرط الشيخ تقي الدين [٤] من الحنابلة ، فأجاز الدعوى على المجهول [٥] ، وكذلك المحققون من الإمامية . لكنهم قالوا بأن القاضي يحفظ الدعوى بجميع توابعها وأدلتها إلى أن يعرف المدعى غريمه بالذات [٦] .

وقـد استدل الشيخ تقي الدين على جواز الدعوى على المجهول ، بما روى عن سهـل بن أبي حثمـة [٧] ، أنه أخبـره رجال من كبـراء قومـه

---

(١) المـادة ١٦١٧ من المجلة ، المنهاج مع مغنى المحتاج ١٣٣/٤ ، وشرح المحلي وحاشية القليوبي ١٦٣/٤ ، حاشية الجمل على شرح الأنصاري ٣٠٨/٥، ٣٠٩ ، روضة الطالبين ٤/١٠ ، فقه الإمام جعفر الصادق ٧٩/٦ .

(٢) درر الحكـام ١٥٨/١٤ ، شرح المجلة لسليم رستم باز ٩٠٩/٢ ، ٩١٠ ، الأصول القضائية ص ١٤ ، الحاوي الكبير ١٦ / ٢٣٥ .

(٣) درر الحكام ١٥٨/١٤ ، الحاوي الكبير ٢٣٥/١٦ .

(٤) هو الإمام أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيميه شيخ الإسلام تقي الدين ، أبو العباس الحراني الدمشقي الحنبلي ، بل المجتهد المطلق ، ولد في حران سنة ٦٦١هـ ، ومات معتقلاً بقلعة دمشق سنة ٧٢٨هـ ، وكان كثير البحث في فنون الحكمـة ، داعـية إصلاح في الدين ، آية في التفسير والأصول . وفي الدرر الكامنة : " أنه ناظر العلماء واستدل وبرع في العلم والتفسير وأفتى ودرس وهو دون العشرين " بلغت تصانيفه ثلاثمائة مجلد منها : السياسة الشرعية " و " الفتاوى " و" الجمع بين العقل والنقل " وغيرها . (البداية والنهاية ١٣٥/١٤ ، شذرات الذهب ٨٠/٦ ، الأعلام ١٤٤/١) .

(٥) الفـروع لابـن مفلح ٤٦٣/٦ ، الإنصاف للمر داوى ٢٥٣/١١ تحقيق أبي عبد الله محمد حسن الشافعي ط ١ دار الكتب العلمية – بيروت – سنة ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م .

(٦) فقه الإمام جعفر الصادق ٧٩/٦ .

(٧) هو سهل بن عبد الله أو عبيد الله أو عامر – على اختلاف الروايات – بن ساعدة بن عدى ، الأنصاري الأوسي ، ولد سـنة ٣هـ وكان ممن بايع تحت الشجرة . وكان دليل النبي صلى الله عليه وسلم إلى أحد ، وشهد ما بعدها من المشاهد . وتوفي في أول أيام معاوية . روى عنه نافع بن جبير وعبد الرحمن بن مسعود ، وبشير بن يسار وصالح بن خوات بن جبير . (أسـد الغابـة في معـرفة الصحابة لابن الأثير ٣١٦/٢ (٢٢٨٥) ط دار الفكر، الاصابة في تميز الصحابة لابن حجر العسقلاني ١٣٨/٣ (٣٥١٦) ط دار الكتب لعلمية – بيروت –) .

: أن عبد الله بن سهل [1] ومُحَيِّصة [2] ،خرجا إلى خيبر من جهد أصابهم . فأتى محيصة فأخبر أن عبد الله بن سهل قد قُتل وطُرح فى فقير بئر أو عين . فأتى يهود فقال : أنتم والله قتلتموه " فقالوا : والله ما قتلناه . فأقبل حتى قدم على قومه . فذكر لهم ذلك ، ثم أقبل هو وأخوه حويصة [3] ، وهو أكبر منه ، وعبد الرحمن[4] . فذهب مُحَيِّصة ليتكلم ، وهو الذى كان بخيبر . فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : "**كبّر كبّر** " [5] – يريد السن – فتكلم حويصة ، ثم تكلم محيصة . **فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم** : **"إما أن يدوا صاحبكم** [6] **وإما أن يؤذنوا بحرب**" فكتب إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم **فى** ذلك . فكتبوا : إنا والله ما قتلناه . **فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن** : **"أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم" ؟فقالوا : لا. قال : "أفتحلف لكم يهود** ؟ " قالوا : ليسوا بمسلمين . فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده [7] فبعث إليهم بمائة ناقة ، حتى أدخلت عليهم الدار

....

---

(١) هو عبد الله بن سهل بن زيد الأنصاري الحارثى ، قتيل اليهود بخيبر ، وهو أخو عبد الرحمن ، وابن أخي حُوَيِّصة ومُحَيِّصة . وبسببه كانت القسامة . (أسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير ١٦٥/٣ (٢٩٩٤) ، الإصابة في تميز الصحابة لابن حجر العسقلانى ٨٢/٤ ، تجريد أسماء الصحابة للذهبي ٣١٦/١ (٣٣٣٨) ط دار المعرفة – بيروت –).

(٢) هو محيصه بن مسعود بن كعب بن عامر بن عدى بن مجدعة بن حارثة بن الحارث بن الخزرج بن عمر مالك بن الأوس الأنصاري الأوسى ثم الحارثي ، يكنى أبا سعيد . يعد في أهل المدينة ، بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أهل فدك يدعوهم إلى الإسلام ، وشهد أحداً والخندق وما بعدهما من المشاهد كلها . وهو أخو حويصة بن مسعود ، وهو الأصغر . أسلم قبل أخيه حويصة ، وعلى يده أسلم أخوه حويصة .(أسد الغابة لابن الأثير ٣٤٣/٤ (٤٧٧٧) الإصابة لابن حجر ٦٨/٦) .

(٣) هو حويصة بن مسعود بن كعب بن عامر بن عدى بن مجدعة الأنصاري الأوسى ثم الحارثى ، أبو سعد ، وهو أخو محيصة الأكبر لأبيه وأمه ، وأسلم على يديه . وشهد أحداً والخندق وسائر المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدهما . (أسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير ٥٥/١ (١٣٠٩) ، تجريد أسماء الصحابة للذهبي ١٤٥/١ (١٤٩٤)

(٤) هوعبد الرحمن بن سهل بن زيد بن كعب بن عامر بن عدى بن مجدعة بن حارثة الانصارى أخو عبد الله بن سهل بن زيد قتيل اليهود بخيبر صحابى جليل قال أبو عمر : إنه شهد بدراً وقال أبو نعيم : شهد أحداً والخندق ، والمشاهد كلها مع النبي صلى الله عليه وسلم . واستعمله عمر بن الخطاب على البصرة بعد موت عتبة بن غزوان رضي الله عن الجميع.(أسد الغابة لابن الأثير ٣٥٣/٣ ، الإصابة لابن حجر ١٦٣/٤) .

(٥) أي دع من هو أكبر منك سنا يتكلم . (نيل الأوطار ٣٦/٧ ، الموطأ ٨٧٧/٢ هامش (١)) .

(٦) " يدوا صاحبكم " أي يعطوا دية صاحبكم القتيل . (الموطأ ٨٧٧/٢ هامش (١)) .

(٧) أى أعطى ديته من بيت المال المرصد للمصالح : وقيل : من ماله الخاص ، وعليه أجاز بعض العلماء صرف الزكاة في المصالح العامة . قال القرطبى فيما نقله عنه ابن حجر : " وقد فعل النبى صلى الله عليه وسلم ذلك على مقتضى كرمه وحسن سياسته وجلباً للمصلحة ودرءا للمفسدة ، على سبيل التأليف ، ولا سيما عند تعذر الوصول إلى استيفاء الحق " .(فتح البارى لابن حجر ٢٤٤/١٢ ، نيل الأوطار للشوكانى ٣٨/٧، ٣٩) .

قال سهل : لقد ركضتني منها ناقة حمراء" [1] .

وجه الدلالة من هذا الحديث ظاهر ، حيث إنه صلى الله عليه وسلم قد سمع دعوى حُوَيِّصة ومُحَيِّصة وعبد الرحمن رضى الله عنهم على خيبر ، بقتل عبد الله بن سهل رضى الله عنه رغم أن المدعى عليه غير معين ، فدل ذلك على جواز الدعوى على المجهول [2] .

وهذا ما أميل إليه وأختاره ، إلا أن الحكم عليه سيتوقف على تعيينه – كما قال المحققون من الإمامية – ؛ لقوة حجته ووجاهته ، فلو كانت الدعوى على المجهول ممنوعة ، لأنكر النبى صلى الله عليه وسلم هذه الدعوى على الأنصار ، لكنه صلى الله عليه وسلم لم يفعل فدل على جوازها .

ولأن فى القول بعدم قبولها مطلقاً تضييعاً لحقوق كثيرة ، وربما لدماء مسفوكة ؛ إذ عادة ما يستخفى الجانى حين يرتكب جنايته ، ويتخذ كافة احتياطاته لإتمام جريمته ، دون أن يراه أو يعلم به أحد ، فلو لم تقبل الدعوى على أمثال هؤلاء الجناة ، لفازوا هم بما ربحوه من جرائمهم ، وخسر المعتدَى عليهم حقوقَهم ، ولاشك أن هذا ظلم كبير ، والظلم منهى عنه .

فإن قيل : فما فائدة قبولها مع توقف الحكم فيها على معرفة المدعى عليه بعينه ؟ قلنا : إن للقضاء هيبته ووقاره ، وعن طريقه يمكن التوصل إلى شخص الجانى ، وذلك باستدعاء من تحوم حولهم الشبه ، والتحقيق معهم واستجوابهم ، كما تفعله أجهزة الشرطة فى هذه الأيام . ومن خلال تلك التحقيقات ، يمكن الوقوف على شخص الجانى والحكم عليه بالعقوبة المقررة على جريمته . وإلا يمكن الوقوف عليه ومعرفته ، فتحفظ الدعوى بجميع قرائنها وأدلتها لدى القضاء ، حتى يقضى الله أمراً كان مفعولاً. **والله تعالى أعلم** .

---

(1) رواه الأئمة : مالك فى الموطأ كتاب القسامة باب تبدئة أهل الدم بالقسامة ٢٧٧/٢ ، ٢٧٨ (١) ، والبخارى فى صحيحه كتاب الديات باب القسامة ، كتاب الأحكام باب كتاب الحاكم إلى عماله ٢٣٩/١٢ ، ٢٩٦/١٣ (٦٨٩٨ ، ٧١٩٢) مع الفتح ، ومسلم فى صحيحه كتاب القسامة ١٤٣/١١ وما بعدها (١٦٦٩/١) بشرح النووى ، وأبو داود فى سننه كتاب الديات باب القتل بالقسامة ١٧٧/٤ ، ١٧٨ (٤٥٢١) ، والنسائى فى سننه كتاب القسامة باب تبدئة أهل الدم فى القسامة ، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر سهل ٥/٨، ٧ وما بعدها .

(2) الفروع لابن مفلح ٤٦٣/٦ ، الإنصاف للمرداوى ١١ / ٢٥٣ .

الشرط السادس : أن يكون المدعى عليه حاضراً :

وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط إلى مذهبين :

المذهب الأول : يـــرى أصحابه أنه ليس بشرط لصحة الدعوى ، فالدعوى تصح حـــتى ولـــو كان الخصم غائباً . روى هذا عن عمر وعثمان رضى الله عنهما . قال ابن حزم [١]: ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة " [٢] وبه قال المالكية إذا كان الخصم غائباً عـــن محـــل ولايـــة الحكم ، وله بها مال أو وكيل أو حميل ، واستثنوا من ذلك ما يكون للغائـــب فـــيه حجج ، كالأرض والعقار ، فيشترط حضوره في هذه الحالة ، إلا إن طالت غيبـــته وانقطـــع خبره ، وإليه أيضاً ذهب الشافعية في الأظهر ، والإمام أحمد في رواية راجحة ، والظاهرية و الإمامية [٣] .

المذهب الثاني : يرى أصحابه أنه شرط ، فلا تصح الدعوى على الغائب عندهم . وقد روى هذا عن جماعة من التابعين منهم : شريح [٤] ، ....

---

[١] هـــو الإمام أبو أحمد على بن أحمد بن سعد بن حزم الظاهرى ، الفارسى الأصل ، ثم الأندلسى القرطبى ، الفقيه الحافظ المتكلم الأديب ، صاحب التصانيف ، المولود بقرطبة سنة ٣٨٤هـــ ، والمتوفى سنة ٤٥٦هـــ ، سمع من يحيى بن مسعود بن وجـــه الجنة ، وأبي عمر أحمد بن محمد بن الجسور ، ويونس بن عبد الله بن مغيث وغيرهم وحدث عنه ابنه رافع الفضل ، وأبـــو عـــبد الله الحميدى ، ووالد القاضي أبي بكر بن العربي وغيرهم . قال الذهبي :" نشأ فى تنعم ورفاهية ، ورزق ذكاء مفرطاً وذهناً سيالاً ، وكتباً نفيسة كثيرة " ومن هذه الكتب :" المحلى بالآثار " فى الفقه و" الإحكام فى أصول الأحكام " فى الأصول ، و " الفِصَل فى الملل والنحل " وغيرها . (البداية والنهاية ٩١/١٢ ، شذرات الذهب ٢٩٩/٣ ، وفيات الأعيان ٣٢٥/٣ ، سير أعلام النبلاء ١٨/ ١٨٤ (٩٩))

[٢] المحلى ٣٦٦/٩ .

[٣] الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١٦٢/٤ ، جواهر الإكليل ٢٣١/٢ ، ٢٣٢ ، شرح منح الجليل ٢٠٥/٤ ، بدايـــة المجتهد ٥٧٠/٢ ، ٥٧١ البيان للعمراني ١٠٥/١٣ ، ١٠٦ مغنى المحتاج ٥١٣/٤ ، ٥٣٤ ، نهاية المحتاج ٢٦٨/٨ ، شرح المحلى على المنهاج ٣١٢/٤ ، المغنى ٤٨٦/١١ ، منار السبيل ٣٢٥/٢ ، المحلى لابن حزم ٣٦٦/٩ ، جواهر الكلام ٤٠/ ١٣٧ ، فقه الإمام جعفر الصادق ٧٩/٥ .

[٤] هو أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية الكندى الكوفى التابعي. أدرك النبى صلى الله عليه وسلم ولم يلقه . روى عن عمر وعلى وابن مسعود وغيرهم رضى الله عنهم . وروى عنه قيس بن أبي حازم ، ومحمد وأنيس ابنا سيرين وغيرهم . استقضاه عمر رضى الله عنه على الكوفة ، وأقروه بعده ، فبقى على قضائها ستين سنة . وقضى بالبصرة سنة ، ثم استعفى الحجاج فأعفاه ، وكان عمره حينئذ مائة وعشرين سنة ، وعاش بعد استعفائه سنة . قال له الإمام على كـــرم الله وجهه : " أنت أقضى العرب " . وتوفى رحمه الله . سنة ٧٨هـــ . وقيل : ٧٩هـــ . وقيل : ٨٠هـــ . وقيـــل غير ذلك . (تهذيب الأسماء واللغات ٢٢٣/١ ، سير أعلام النبلاء ١٠٠/٤ ، وفيات الأعيان ٤٢٠/٢ ، تذكـــرة الحفاظ ٥٩/١)

والشعبي[١] والقاسم بن محمد [٢] . وبه قال الحنفية ، وبعض الشافعية ، والإمام أحمد في رواية . إلا أن الحنفية قالوا بجواز الحكم عليه إذا حضر من يقوم مقامه ، كالوكيل والوصي ، أو كان ما يدعى عليه سبباً لما يدعى على الحاضر ، كمن ادعى عيناً في يد غيره أنه اشتراه من فلان الغائب . وبهذا الرأي أيضاً قال المالكية ، إذا كان الخصم غائباً عن محل ولاية الحكم ولم يكن له بها مال أو وكيل أو حميل [٣] .

الأدلة والمناقشات :

أدلة المذهب الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول على عدم اشتراط حضور المدعى عليه لصحة الدعوى بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **وأن احكم بينهم بما أنزل الله** ﴾ [٤] وقوله تعالى : ﴿ **فاحكم بينهم بالقسط** ﴾ [٥] ، ....

---

[١] هو الإمام العالم العلامة عامر بن شراحيل ، أبو عمرو الكوفي الشعبي التابعي ، ولد سنة ١٩ هـ ، وأدرك خمسمائة صحابي من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومناقبه وعلمه وحفظه أشهر من أن يذكر . وقد قال : ما كتبت سوداء في بيضاء قط ، ولا حدثني رجل بحديث فأحببت أن يعيده عليّ ، ولاحدثني رجل بحديث إلا حفظته . قال أبو مخلد : ما رأيت أفقه من الشعبي . قال عبد الملك بن عمير : مر ابن عمر على الشعبي وهو يحدث بالمغازي . فقال : " لقد شهدت القوم ، فهو أحفظ لها وأعلم بها " وتوفي رحمه الله سنة ١٠٣ ، أو ١٠٤ ، أو ١٠٧ ، أو ١١٠ هـ على اختلاف الروايات (طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٣٢ (٧٤) ، تاريخ بغداد ٢٢٧/١٢ ، تذكرة الحفاظ ٧٩/١ ، حلية الأولياء ٣١٠/٤ ، غاية النهاية في طبقات القراء لابن الجزري ٣٥٠/١) .

[٢] هو القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق رضي الله عنه . ولد بالمدينة في خلافة الإمام علي كرم الله وجهه ، وتربى في حجر أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها وأخذ عنها ، وروى عن فاطمة بنت قيس وابن عباس وابن عمر وغيرهم . وحدث عنه ابنه عبد الرحمن والشعبي ونافع العمري وغيرهم . قال ابن المديني : " له مائتا حديث " وقال ابن سعد : " وكان ثقة ، عالماً ، دقيقاً ، فقيهاً إماماً ورعاً كثير الحديث " . ومات – رحمه الله – بقُدَيْد سنة ١٠٨هـ . (طبقات ابن سعد ١٨٧/٥ ، سير أعلام النبلاء ٥٣/٥ (١٨) ، وفيات الأعيان ٥٩/٤ (٥٣٣) ، طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٣٨ (٨٦) ، تذكرة الحفاظ للذهبي ٩٦/١ (٨٨))

[٣] المصنف لعبد الرزاق ٣٠٤/٨ ، ٣٠٥ (١٥٣٠٦ ، ١٥٣٠٧) ط ٢ المكتب الإسلامي سنة ١٤٠٣ – ١٩٨٣ ، تبيين الحقائق ١٩١/٤ ، ١٩٢ ، المادة ١٦١٨ من المجلة ، درر الحكام ١٥٨/١٤ ، تحفة الفقهاء للسمرقندي ١٨١/٣ط دار الكتب العلمية – بيروت- المحلى لابن حزم ٣٦٨/٩ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٦٢/٤ ، حاشية البناني على شرح الزرقاني ١٥٣/٧ ، ١٥٤ ، مغني المحتاج ٥٢٤/٤ ، ، شرح المحلي ٣١٢/٤ ، المغني ٤٨٦/١١ ، ٤٨٧ ، منار السبيل ٣٢٥/٢ ، فتح الباري ٨٣/١٣ ، سبل السلام ٥٧٢/٤ .

[٤] من الآية ٤٩ من سورة المائدة .

[٥] من الآية ٤٢ من سورة المائدة .

وقوله تعالى:﴿ **إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله** ﴾ [١]،وقوله تعالى:" **كونوا قوامين بالقسط شهداء لله** ﴾ [٢]،وقوله تعالى:﴿**وأقيموا الشهادة لله** ﴾ [٣]

وجه الدلالة من هذه الآيات : أنها أفادت بعمومها لزوم الحكم بين المتخاصمين بما أنزل الله سبحانه وتعالى ، دون أن تفرق بين من حضر من الخصوم ومن لم يحضر ، فكانت نصاً في المدعى [٤] .

وأما السنة : فما روى عن عائشة [٥] رضى الله عنها : أن هنداً بنت عتبة [٦] قالت : يا رسول الله : إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطينى ما يكفينى وولدى ، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم . فقال :" **خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف** " [٧]

---

[١] من الآية ١٠٥ من سورة النساء .

[٢] من الآية ١٣٥ من سورة النساء .

[٣] من الآية ٢ من سورة الطلاق .

[٤] أسنى المطالب ٢٧٧/٤ ، مغنى المحتاج ٤٧٠/٤ ، ٥١٣ ، المحلى ٣٦٩/٩ .

[٥] هى عائشة بنت أبي بكر الصديق رضى الله عنهما ، أم المؤمنين . ولدت سنة ٩ق هـ. وكانت أفقه نساء المسلمين وأعلمهن بالدين ، عقد عليها النبى صلى الله عليه وسلم بعد وفاة الصديقة خديجة بنت خويلد قبل الهجرة ببضعة عشر شهراً . وقيل : بعامين . ودخل بها فى السنة الثانية للهجرة . وكانت أحب نساء النبى صلى الله عليه وسلم إليه وأكثرهن رواية للحديث عنه ، فلقد بلغ مسندها (٢٢١٠) أحاديث وكان أكابر الصحابة يسألونها عن الفرائض فتجيبهم . وتوفيت رضى الله عنها بالمدينة سنة ٥٨هـ . (الإصابة ١٣٩/٨ ، طبقات ابن سعد ٥٨/٨ ، شذرات الذهب ٦١/١ ، سير أعلام النبلاء ١٣٥/٢) .

[٦] هى هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف القرشية العبشمية ، والدة معاوية بن أبى سفيان أخبارها قبل إسلامها مشهورة . أسلمت يوم الفتح . قال الواقدى : لما أسلمت هند جعلت تضرب صنما لها فى بيتها بالقدوم حتى فلذته فلذة فلذة وتقول : كنا معك فى غرور . وقال أبوعمر : ماتت فى خلافة عمر بعد أبى بكر بقليل فى اليوم الذى مات فيه أبو قحافة . وقيل : انها بقيت إلى خلافة عثمان ، بل بعد ذلك . (الإصابة ٢٠٥/٨ (١٠٩٨) ، طبقات ابن سعد ٢٣٥/٨ ، الأعلام ٩٨/٨) .

[٧] رواه البخارى فى صحيحه كتاب البيوع باب ٩٥ ، كتاب المظالم باب ١٨ ، كتاب مناقب الأنصار باب ٢٣ ، كتاب النفقات باب ٤ ، ١٤ ، كتاب الأيمان والنذور باب ٣ ، كتاب الأحكام باب ١٤ ، ٢٨ – ٤٧٣/٤ ، ٤٧٤ ، ١٢٨/٥ ، ١٢٩ ، ١٧٥/٧ ، ٤١٤/٩ ، ٤٢٤ ، ١١/ ٥٣٣ ، ١٤٨/١٣ ، ١٨٣ (٢٢١١ ، ٢٤٦٠ ، ٣٨٢٥ ، ٥٣٥٩ ، ٥٣٧٠ ، ٦٦٤١ ، ٧١٦١ ، ٧١٨٠) مع الفتح ، ومسلم فى صحيحه كتاب الأقضية باب ٤ – ١٢ / ٧ (١٧١٤) بشرح النووى ، وأبو داود فى سننه كتاب البيوع ٣/ ٢٨٩ (٣٥٣٢) ، والنسائى فى سننه كتاب آداب القضاة باب قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه ٢٤٦/٨ ، وابن ماجة فى سننه ٧٦٩/٢ (٢٢٩٣) والدارمى فى سننه صـ ٢١١ (٢٢٥٩) ط دار الريان للتراث ، وأحمد فى مسنده ٣٩/٦ ، ٥٠ ، ٢٠٦ ، والبيهقى فى سننه كتاب آداب القاضى ١٤١/١٠ . واللفظ للبخارى .

وجه الدلالة من هذا الحديث : أن النبى صلى الله عليه وسلم قد سمع دعوى هند على زوجها ،وقضى لها وهو غائب ، فدل على عدم اشتراط حضور المدعى عليه لصحة الدعوى[١]

وقـد نوقش الاستدلال بهذا الحديث : بأنه استدلال غير صحيح ، لأن قوله صلى الله عليه وسلم لها :" **خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف** " لم يكن قضاء " وإنما كان فتوى وإعانـــة لهـــا على أخذ ماله ، بدليل أنها لم تدَّع الزوجية ، وأنه صلى الله عليه وسلم لم يستحلفها على ما ادعته ، ولم يكلفها البينة ، وأيضاً بدليل وقوع الاستفهام فى القصة ، فى قولهـــا: " هـــل علىّ جناح ؟ " وبدليل أنه فوض تقدير الاستحقاق إليها فى قوله صلى الله عليه وسلم :" **خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف** " ولو كان قضاء لم يفوضه للمدعى[٢]

وأجيـب عن هذه المناقشة : بأنها ضعيفة ، ولا تصلح لرد الاستدلال بهذه القصة ، فما صدرعن النبى صلى الله عليه وسلم فيها كان قضاء لا فتيا ، وذلك لأنه صلى الله عليه وســـلم عبر فيها بصيغة الأمر :" **خذى** " ولو كان فتيا ، لقال مثلاً : " لا حرج عليك إذا أخذت " . ولأن الأغلب من تصرفاته صلى الله علية وسلم إنما هو الحكم[٣] ، وهو صلى الله عليه وسلم لا يقضى إلا بحق[٤] . أما ما استدلوا به على أنه كان فتيا لا قضاء فمردود بأن فى ترك تحليفها أو تكليفها البينة حجة لمن أجاز للقاضى أن يحكم بعلمه ، فكأنه صلى الله علـــيه وســـلم علـــم صدقها فى كل ما ادعت به ، وبأن وقوع الاستفهام فى القصة ، لاســـتحالة فيه من طالب الحكم ، أى أنه يجوز لطالب الحق أن يطلبه بصيغة الاستفهام ، ولا حـــرج عليه فى ذلك . أما عن تفويضه صلى الله عليه وسلم تقدير الاستحقاق إليها ، فلأنه صلى الله عليه وسلم أراد أن يبين أن تقدير النفقة يكون على حسب الكفاية ، وفق ما جرت عليه عادة الناس ، وهذا ما عليه أكثر العلماء[٥] .

وأما المعقـول :.فهـــو أن فـــي اشتراط حضور المدعى عليه لصحة الدعوى ، إضاعة للحقوق التى ندب الحكام إلى حفظها ؛ لأن الممتـــنع عـــن الوفـــاء بالحق سيجد فى الهرب أو الغيبة ما يعينه على أكل أموال الناس بالباطل،دون أن تمتد إليه يد القضاء،ولن يعجز عن الهرب[٦]

---

(١) بداية المجتهد ٥٧١/٢ ، العزيز للرافعى ١٢/ ٥١١ ، المغنى ١١/ ٤٨٦ ، المحلى ٣٧٠/٩ ، سبل الســـلام ٢١٩/٣ ، ٥٧٢/٤ .

(٢) تبيين الحقائق ١٩١/٤ ، البناية ٦٢/٨ ، فتح البارى ٤٢٠/٩ ، ٤٢١ ، نيل الأوطار ٣٢٣/٦ ، سبل السلام ٣٢٠/٣.

(٣) فتح البارى ٩/ ٤٢١ .

(٤) نيل الأوطار ٦/ ٣٢٣ .

(٥) فتح البارى ٤١٩/٩ ، ٤٢١ .

(٦) نهاية المحتاج ٢٩٨/٨ ، تحفة المحتاج ١٦٤/١٠، مغنى المحتاج ٥١٤/٤ ، تكملة المجموع ٢٠/ ١٦٣ ، منار السبيل ٣٢٥/٢ ، البيان للعمرانى ١٣ / ١٠٧ .

أدلة المذهب الثانى :

استدل أصحاب المذهب الثانى على اشتراط حضور الخصم لصحة الدعوى والحكم فيها ، بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب ، فقوله تعالى :**﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسو يوم الحساب ﴾** (١) .

وجه الدلالة من هذه الآية : أن الله تعالى قد أمر فيها داود عليه السلام وجميع القضاة من بعده ، أن يحكموا بين الناس بالحق . والحق اسم للكائن الثابت ، ولا ثبوت مع احتمال العدم ، واحتمال العدم ثابت فى البينة ، لاحتمال الكذب ، فلم يكن الحكم بالبينة حكماً بالحق ، فكان ينبغى أن لا يجوز الحكم بها أصلاً ، إلا أنها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ، ولا منازعة هنا ، لعدم الإنكار(٢).

وقد نوقش هذا الاستدلال : بأن الآية الكريمة لا تمنع من سماع الدعوى على الغائب والحكم عليه ، لأن حجته إذا حضر قائمة ، فتسمع ويعمل بمقتضاها ولو أدى إلى نقض الحكم السابق ، لأنه فى حكم المشروط(٣) .

وأما السنة : فما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال : بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضياً ، فقلت : يا رسول الله . ترسلنى وأنا حديث السن ولا علم لى بالقضاء ؟ فقال:**«إن الله سيهدى قلبك ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضيَنَّ حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء »، قال على : فما زلت قاضياً ، أو ما شككت فى قضاء بعد** (٤) .

---

(١) الآية ٢٦ من سورة ص .

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ٦/ ٣٤٠ ، ٣٤١ .

(٣) فتح البارى لابن حجر ١٣/١٨٣ ، سبل السلام للصنعانى ٤/٥٧٢ .

(٤) رواه الأئمة : أحمد فى مسنده ١/٨٣ ، وأبو داود فى سننه كتاب الأقضية باب كيف القضاء ٣/٣٠١ (٣٥٨٢) ، والترمذى فى صحيحه أبواب الأحكام باب ما جاء فى القاضى لا يقضى بين الخصمين حتى يسمع كلامهما ٦/٧٢ وقال : " هذا حديث حسن " ، وابن حبان فى صحيحه كتاب القضاء ٧/٢٦٠ ، ٢٦١ ، والحاكم فى المستدرك كتاب الأحكام باب استماع بيان الخصمين واجب على القاضى ٤/٩٣ ، وقال : " هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه " ، والبيهقى فى سننه كتاب أدب القاضى ١٠/٨٦ . وانظر : نصب الراية ٤/٦٠، ٦١ ، نيل الأوطار ٨/٢٧٥ .

وجه الدلالة من هذا الحديث : أنه صلى الله عليه وسلم نهى علياً كرم الله وجهه عن القضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر ، والقضاء بالحق للمدعى حال غيبة المدعى عليه ، قضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر ، فكان منهياً عنه[١] ، والنهى يقتضى قبح المنهى عنه ، والقبح يستلزم الفساد ،فإذا قضى قبل سماع الآخر ، كان حكمه باطلاً[٢] .

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث من ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه حديث ضعيف لا يصلح للاستدلال به ، وبيان ضعفه : أنه روى من طريقين : أحدهما : هو طريق شريك عن سماك بن حرب عن حنش بن أبى المعتمر . قال ابن حزم : " وهو طريق ساقط ؛ لأن شريكاً مدلس ، وسماك بن حرب يقبل التلقين ، وحنش بن المعتمر ساقط متروك " أما الطريق الثانى فهو القاسم بن عيسى بن إبراهيم الطائى . قال ابن حزم : " وهو مجهول لا يدرى من هو "[٣] .

والوجه الثانى : أنه حتى وإن سلمنا بأنه صحيح ، إلا أنه لا يصلح دليلاً على المدعى ، لأنه محمول على الحاضرين . وهذا ما يقتضيه لفظ الحديث ، حيث ورد فيه : **"فإذا جلس بين يديك الخصمان "**[٤] . ومحمول أيضاً على أنه لا يقضى على غائب بدعوى خصمه دون سماع حجته ، وهذا لا خلاف فيه[٥] .

والوجه الثالث : أنه محمول أيضاً على إمكان سماع الخصم ، فأما مع تعذره بمغيب فلا يمنع الحكم ، كما لو تعذر بإغماء أو جنون ، أو حجر أو صغر[٦] . وقد عمل الحنفية بذلك فى الشفعة ، فقالوا : لو ادعى رجل على حاضر أنه اشترى من غائب ما فيه شفعة وقبضه ، وأقام بينة بذلك ، حكم له بالبيع والأخذ بالشفعة[٧] . وعملوا به كذلك فى الحكم على من عنده مال للغائب ، فقالوا : إذا جاءت امرأة فادعت أن لها زوجاً غائباً وله

---

(١) البدائع ٦/٣٤٠ ، البناية ٨/٦٢ ، تبيين الحقائق ٤/١٩١ ، الأصول القضائية ص ١٤ ، المغنى ١١/٤٨٦ ، منار السبيل ٢/ ٣٢٥ ، سبل السلام ٤/٥٧٢ .

(٢) نيل الأوطار للشوكانى ٨/ ٢٧٦ .

(٣) المحلى لابن حزم ٩/٣٦٨ .

(٤) المغنى والشرح الكبير ١١/٤٥٧ ، ٤٨٦ .

(٥) المحلى لابن حزم ٩ / ٣٦٨ ، ٣٦٩ .

(٦) فتح البارى ١٣ / ١٨٣ .

(٧) فتح البارى ١٣/١٨٣ ، المغنى والشرح الكبير ١١/٤٥٧ ، ٤٨٦ ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبى ٥/ ٢٤٦ .

مال في يد رجل،وتحتاج إلى النفقة ، فاعترف لها بذلك ، فإن الحاكم يقضي عليه بالنفقة[١] كمـــا عملوا بذلك في الإقرار ، حيث قضوا على الغائب بإقرار وكيله[٢] وبهذا يتضح أن الاستدلال بهذا الحديث لا وجه له .

وأما المعقول فمن وجوه :

أحدهـا : أن في سماع الدعوى على الغائب والقضاء فيها ، قضاء لأحد الخصمين وحده فلم يجز ، كما لو كان الآخر حاضراً في البلد[٣] .

ثانـيها : أن القضـــاء إنما جعل لقطع المنازعة ، ولا منازعة مع غياب الخصم ، لعدم الإنكار ، فلا يصح سماع الدعوى[٤] .

ثالـثها: أنــه فــي حالة غياب الخصم يشتبه وجه القضاء ، لأنه يحتمل أن يقر الخصــم ، ويحتمل أن ينكر ، وأحكامهما مختلفة ، فإنه بالإقرار يقتصر وبالبينة يتعدى ، فــلا يجــوز مــع الاشــتباه ، وهذا ما أفاده قوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضـــي الله عـنـــه:" **فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء**" فهذا دليل على أن العلم بوجه القضاء شرط لصـــحة القضـــاء ، وأن الجهل به يمنع القضاء ، ولا يتأتى العلم بوجه القضاء إلا بكلام الخصمين ، وهو لا يتصور إلا بحضورهما[٥] .

رابعهـا : أنه لو جاز سماع الدعوى دون حضور الخصم ، لما كان حضوره واجباً ، وهذا لم يقل به أحد ، فكان لابد من حضوره[٦]

وقد نوقش الاستدلال بالوجه الأول من هذه الوجوه : بأن قياس الغائب على الحاضر قياس مع الفارق ، فلا يتم، وذلك لأن البينة لا تسمع على الحاضر إلا بحضرته ، بخلاف الغائب[٧] .

كما نوقش الاستدلال ببقية الوجوه: بأن هذا كله لا يمنع سماع الدعوى على الغائب

---

(١) فتح الباري ١٨٣/١٣ ، ١٨٤ ، المغني والشرح الكبير ٤٥٧/١١ ، ٤٨٦ ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبي ٥٩/٣ .

(٢) المحلى لابن حزم ٣٦٩/٩ ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ٨ / ٣٠٨ .

(٣) المغني ٤٨٦/١١ .

(٤) تبين الحقائق ١٩١/٤ ، البدائع ٣٤١/٦ ، البناية ١٦١/٨ .

(٥) تبيين الحقائق ١٩١/٤ ، البناية ١٦١/٨ ، درر الحكام ١٥٨/١٤ .

(٦) فتح الباري لابن حجر ١٨٣/١٣ ، سبل السلام للصنعاني ٥٧٢/٤ .

(٧) المغني والشرح الكبير ٤٥٧/١١ ، ٤٨٦ .

والحكم عليه ؛ لأن حجته إذا حضر قائمة ، فتسمع ويعمل بمقتضاها ولو أدى إلى نقض الحكم السابق ؛ لأنه في حكم المشروط [1].

المذهب المختار:

بعد هذا العرض لمذهبي الفقهاء وأدلتهما وما ورد عليها من مناقشات وأجوبة ، يترجح في نظري ما قال به أصحاب المذهب الأول من عدم اشتراط حضور الخصم لصحة الدعوى والحكم فيها ، وذلك لقوة أدلتهم وصحتها وسلامتها من المعارضة الراجحة والمناقشة المفندة، **ولما يلي** :

أولاً : أن سرعة المواصلات وتيسر سبل الاتصال في هذه الأيام ، جعل العالم كله وكأنه يعيش في قرية واحدة ، ولا شك أن هذا التقدم المذهل له أثره في الأحكام الشرعية ، فما أيسر أن ترسل المحكمة إلى المدعى عليه أو تتصل به في أي مكان كان ، لتعلمه بالدعوى المرفوعة ضده ، وما أيسر أن يستجيب لدعوة المحكمة ويحضر ليقدم دفوعه ، أو يوكل عنه من يحضر ويقوم مقامه . فلما لم يعبأ بطلب المحكمة ويحضر أو يوكل عنه غيره ، كان ذلك قرينة على جحوده الحق ورغبته في أكله ، وقد يكون قرينة على اعترافه به ورضاه بما تصدره المحكمة بشأنه من حكم . وفي كلا الاحتمالين ، سماع الدعوى عليه والحكم فيها، فيه كبير فائدة ، فلئن كان مقصده الجحود والإنكار وأكل حق غيره بالباطل ، كان في الحكم عليه معاملة له بنقيض مقصوده ، لأنه في هذه الحالة ممن ينطبق عليهم قول الله تعالى :﴿ **وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون**﴾ [2] فلا عجب في سماع الدعوى عليه والحكم عليه وهو غائب، حيث قال تعالى:﴿ **من يعمل سوءًا يجزبه ولا يجد له من دون الله ولياً ولا نصيراً**﴾ [3] وقال تعالى أيضاً:﴿ **وجزاء سيئة سيئة مثلها**﴾ [4]. ولئن كان مقصده الاعتراف بالحق والرضا بالحكم فيه، فهذا هو غاية المراد ، وهو ما يتحقق بالحكم عليه وهو غائب .

ثانياً: أن في عدم سماع الدعوى على الغائب والحكم فيها ، فتحاً لباب كبير ، يدخل منه الأرازل الأشرار ، الذين يفضلون العيش على دم غيرهم ، ويجعلون من السرقة والنهب حرفة لهم ، ووسيلة لكسب معاشهم ، مستخفين في ذلك بأحكام شريعة ربهم ، ...

---

[1] فتح الباري ١٣ /١٨٣ ، سبل السلام ٥٧٢/٤ ، جواهر الكلام ١٣٧/٤٠ ، فقه الإمام جعفر الصادق ٧٩/٥ .

[2] الآية ٤٨ من سورة النور .

[3] من الآية ١٢٣ من سورة النساء .

[4] من الآية ٤٠ من سورة الشورى .

فـــلا ضمير يمنعهم ، ولا إيمان يهذبهم ، ولا وعيد يزجرهم ، حيث قد فسدت فطرتهم ، ووهنت عقيدتهم ، وما أكثرهم في هذه الأيام . ولن يعدم هؤلاء ملاذاً أو ملجأ يلوذون به أو يلجـــأون إليه في الداخل أوفي الخارج ، خاصة وقد تجمعوا في شكل تنظيم ، وتوحدوا ليشـــكلوا عصـــابات لهـــا في كل واد ملاذ وملجأ . فلك أن تتصوركم حجم الفساد الذي سينتشـــر ، وكـــم حجم الحقوق التي ستضيع على أصحابها لو اشترطنا هذا الشرط لصحة الدعوى . ولا شك أن شريعة الإسلام أحرص ما تكون على إغلاق أبواب الفساد جميعها ، وتوصيل الحقوق إلى ذويها وأربابها .

وعـلـى كـل حـال .فالحكم لن ينتزع حجة الغائب من يده ، فهي معه ، وله أن يقدمها عند حضـــوره للقضاء ، والقضاء مكلف بالنظر فيها والحكم بمقتضاها ، حتى ولو أدى ذلك إلى نقض الحكم الأول(١) . **والله تعالى أعلم**

****

الفرع الثاني
شروط المدعى به

يشترط في المدعى به عدة شروط ، بعضها محل اتفاق بين الفقهاء ، وبعضها محل خلاف. **وهذه الشروط هي** :

١- أن يكون محتمل الثبوت . ٢-أن يكون ذا غرض صحيح .

٣-أن يكون معلومـــــــــاً .

أما شرط كون المدعى به معلوماً ، فسيأتي تفصيله - **إن شاء الله تعالى** - في الفصلين الثاني والثالث من هذا الباب . وأما الشرطان الأول والثاني ، ففيما يلي بيانهما بإيجاز :

الشرط الأول: أن يكون المدعى به محتمل الثبوت:

يشترط لقبول الدعوى ، أن يكون المدعى به محتمل الثبوت شرعاً وعقلاً وعادة ، بمعنى أن لا يكون مستحيلاً شرعاً أو عقلاً أو عادة .

---

(١) قال في البيان ١٣/١٠٧ ، ١٠٨ :" إذا ثبت هذا ، فقدم الغائب نظرت : فإن قدم بعد سماع البينة وقبل الحكم عليه ، فـــإن الحاكم يستدعيه ويخبره : بأن فلاناً قد ادعى عليك بكذا ، وقد شهد عليك بذلك فلان وفلان ، وقد ثبت عدالتهما عندي ، فإن كانت لك بينة بالجرح أو بالابراء أو بالقضاء ، فأحضرها . فإن استمهل ثلاثة أيام ، أمهل ، فإن لم يأت بالبينة ، حكم عليه . " فإن قدم بعد الحكم ، استدعاه وأخبره بأن فلاناً ادعى عليك بكذا ، وشهد له بذلك فلان وفلان ، وثبتت عدالتهما عندي ، وحكمت له بذلك ، فإن كان لك بينة بالجرح أو الإبراء أو القضاء فأحضرها ، فإن أحضر بينة بشيء من ذلك ، نقض الحكم ، وإن لم يحضر بينة بذلك ، استقر الحكم " اهـــ .

فالمستحيل الشرعى ، نحو أن يدعى إنسان على من له نسب معروف أنه ابنه .

والمستحيل العقلى ، نحو أن يدعى إنسان على من هو أسن منه أنه ابنه ، أو يدعى على من هو أصغر منه أنه أبوه .

والمستحيل العادى ، نحو أن يدعى من هو معروف بالفقر والحاجة أموالاً عظيمة على آخر أنه أقرضها منه دفعة واحدة ، أو غصبها منه ، أو أنه أودعها عنده ، فلم يردها إليه ويطلب الحكم بردها ، أو يدعى الغصب والفساد على رجل صالح تقى لا ينسب إليه ذلك ولا يليق به .

وقد اتفق الفقهاء على عدم قبول الدعوى بالمستحيل الشرعي والعقلي . كما ذهب أكثرهم إلـــى عدم قبول الدعوى بالمستحيل العادي ؛ لتيقن كذبها في المستحيل الشرعي والعقلي ، وظهـــور كذبها في المستحيل العادي[١] بينما ذهب الإمام الشافعي[٢] وبعض أصحابه إلى قبولها[٣].

---

[١] البدائع ٣٤٢/٦ ، المادة ١٦٢٩ من المجلة ، درر الحكام ١٨٢/١٤، تنوير الأبصار والدر المختار ورد المحتار ٢٥٣/٨، وقرة عيون الأخيار ٤٥٤/١، الأصول القضائية ص ٩، تبصرة الحكام ١٤٨/١ ، الفروق وتهذيبه ١٥٥/٤، ١٥٦، ١٥٨، ، القوانين الفقهية ص ٢٩٦ ، الحاوي الكبير ٢٩٩/١٧ ، الأشباه والنظار للسيوطى ص ١٩٩ ، الطرق الحكمية لابن القيم ص ٩٩، ١٠٠، القواعد الفقهية لابن رجب الحنبلي ص ٣٢٢ ، ٣٢٤ ، منار السبيل ٣٢١/٢ جواهر الكلام ٣٧٧/٤٠ ، فقه الإمام جعفر الصادق ٨٠/٦ ، التاج المذهب ١٢/٤ ، البحر الزخار ٣٩٢/٦ .

[٢] هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع ، القرشي المطّلبي الشافعي الحجازي المكي ، يلتقي نسبه برسول الله صلى الله عليه وسلم في عبد مناف . ولد بغزة سنة ١٥٠هـــ . وقيل بعسقلان ، ثم حمل إلى مكة وهو ابن سنتين ونشأ بها ، وحفظ القرآن وهو ابن سبع سنين ، والموطأ وهو ابن عشر سنين ، وتفقه على مسلم بن خالد الزنجي في مكة ، ثم رحل إلى الإمام مالك بالمدينة ولازمه حتى مات . وله رحلات كثيرة في طلب العلم وتعليمه ، انتهت به إلى مصر فاستقر بها حتى مات في ليلة الجمعة آخر يوم من رجب سنة ٢٠٤هـــ وهو ابن خمس وخمسين سنة . ويعتبر الإمام الشافعي واضع علم الأصول ، لأن كتابه المسمى " بالرسالة " أول كتاب ألف في هذا العلم . وله مؤلفات كثيرة غيره منها " الحجة " و " الأم " و " المسند" وغيرها . (طبقات الشافعية للسبكى ١٩٢/١ ، تهذيب التهذيب ٢٥/٩ ، الأعلام ٢٦/٦) .

[٣] فقد جاء فى قواعد الأحكام ١٢٥/٢ ." لو ادعى السوقة على الخليفة أو على عظيم من الملوك أنه استأجره لكنس داره وسياســـة دوابـــه ، فإن الشافعى يقبله. وهذا فى غاية البعد ومخالفة الظاهر ، وخالفه بعض أصحابه. وخلافه متجه ؛ لظهور كذب المدعى " .

والواقع أن هذا شرط منطقي وضروري ، إذ إن سماع مثل هذه الدعاوى يصطدم مع تحكيم العرف المأمور به في قوله تعالى:﴿ **خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين** ﴾[١]. والمدعو إلى وجوب اعتباره فى قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى عنه:"**ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن. وما رآه المؤمنون قبيحاً فهو عند الله قبيح**"[٢]، إذ المؤمنون لا يتفقون إلا على ما يرضاه الله تعالى . وقد اتفقوا على أنه من القبيح أن يدعى بدعاوى مخالفة لعادات الناس وأعرافهم ، فوجب رد هذه الدعاوى[٣].

كما أن الشيء المدعى إذا كان حدوثه مستحيلاً ، فإنه يدل على سفاهة وتفاهة من يدعى به لدى القضاء، وليس من الحكمة إشغال وقت القضاء وتضييع جهده فى قضايا لا طائل من ورائها ، فإن سماع الدعاوى إنما هو لتوقع الصدق ، فإذا تبين الكذب عادة ، امتنع توقع الصدق[٤]، ولذلك فإن هذه الدعاوى مرفوضة حتى وإن اعترف الخصم بها ، بل إن رفع مثل هذه الدعاوى يزيل عدالة المدعى، للعلم بكذبه[٥]

الشرط الثانى: أن يكون المدعى به ذا غرض صحيح :

من الشروط اللازم توافرها لقبول الدعوى ، أن يكون المدعى به ذا غرض صحيح ، أى أن يترتب عليه نفع شرعى للمدعى ، يلزم به المدعى عليه .

فلا تصح الدعوى بما لا يترتب عليه نفع للمدعى إن حكم له به، وذلك كالدعوى بعشر سمسمة ، أو بقمحة أو شعيرة ، أو نحو ذلك[٦]؛ لأن مثل هذه الدعاوى تعد من قبيل العبث الذى يجب أن يصان عنه منصب القضاء .

---

(١) الآية ١٩٩ من سورة الأعراف – الفروق وتهذيبه ١٥٦/٤ ، ١٥٩ ، الطرق الحكمية ص ٨٩ .

(٢) رواه الأئمة : أحمد فى المسند ٣٧٩/١ ، والحاكم فى المستدرك كتاب معرفة الصحابة ، باب تبجيل الله لعباده عامة ولأبى بكر خاصة ٧٨/٣ ، ٧٩ وقال : " صحيح الإسناد ولم يخرجاه " ووافقه الذهبى فى التلخيص ٧٨/٢، ٧٩ ، كما رواه الطبرانى فى الأوسط ١٩٤/٤ ، ١٩٥ (٣٦٠٢) ، والبغوى فى شرح السنة ٢١٤/١ ، ٢١٥ (١٠٥) ، قال الهيثمى بعد أن عزاه إلى أحمد والبزار والطبراني :" ورجاله موثقون " – مجمع الزوائد كتاب العلم باب الإجماع ١٧٧/١ ، ١٧٨ . وهو من حديث عبد الله بن مسعود رضى الله عنه . واللفظ للبغوى .

(٣) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٩٢ ، ٩٣ .

(٤) تهذيب الفروق ١٥٩/٤ .

(٥) الحاوى الكبير ٢٩٩/١٧ .

(٦) الفروق وتهذيبه ١٥٣/٤ ، ١٥٨ ، الذخيرة للقرافى ٥/١١ ، تبصرة الحكام ١٤٧/١ ، ١٤٨، شرح منح الجليل ١٧٠/٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠٧ ، ٥٠٨ ط دار إحياء الكتب العربية .

كذلك فإن الدعوى لا تصح ولا تسمع إذا كانت عقيمة غير منتجة ، أى لا يترتب عليها إلزام للخصم بشيء إذا ثبتت بإقراره أو غيره ، لأن سماعها حينئذ والاشتغال بإثباتها ، ضرب من العبث الذى يجب تنزيه أعمال العقلاء عنه . ومثال ذلك : أن يتنازع اثنان فى مقدار مساحة الكرة الأرضية، أو الشمس ، ويعرضا نزاعهما على القضاء. أو يدعى شخص على آخر حاضر ، أنه وكله ، فهذه الدعاوى وأمثالها لا تسمع ؛ إذ الدعوى الأولى لا يترتب عليها إلزام أحد المتنازعين بأداء شيء للآخر . والدعوى الثانية كذلك ؛ لأن المدعى عليه فى استطاعته أن يعزله فى الحال ، فعلى تقدير ثبوتها لا يلزم بشيء . وهكذا الحكم فى كل دعوى من هذا القبيل[1].

ﻶﻶﻶﻶﻶﻶﻶﻶﻶ

المطلب الثالث

شروط صيغة الدعوى

يشترط في صيغة الدعوى عدة شروط ، بعضها محل اتفاق بين الفقهاء وبعضها محل خلاف. **وهذه الشروط هي :**

١- أن لاتكون متناقضة مع أمر سبق صدوره من المدعى .

٢- أن تكون بتعبيرات جازمة وقاطعة .

٣-أن تكون بمجلس القضاء .

٤-أن تكون بلسان المدعى بعينه .

٥-أن يذكر المدعى في دعواه أنه يطالب المدعى عليه بحقه الذي يدعيه .

٦-أن يذكر في دعوى العقار أن المدعى عليه واضع يده عليه .

٧-أن يذكر في دعوى المنقول القائم أنه في يد المدعى عليه بغير حق .

وفيما يلي بيان هذه الشروط بإيجاز :

الشرط الأول: أن لا تكون الدعوى متناقضة مع أمر سبق صدوره من المدعى :

أشترط كثير من الفقهاء لصحة الدعوى ، عدم التناقض بينها وبين أمر سبق صدوره من المدعى[2] .

---

(١) نتائج الأفكار لقاضى زاده والعناية للبابرتى ١٥٣/٨ ، المادة ١٦٣٠ من المجلة ، درر الحكام ١٨٣/١٤ ، شرح المجلة لسليم رستم باز ٩٢٦/٢ ، الأصول القضائية ص ١١ ، تبصرة الحكام ١/ ١٤٦ ، تهذيب الفروق ١٥٨/٤ ، مواهب الجليل ١٢١/٨ ، شرح الزرقانى ١٣٦/٧ ، العزيز للرافعى ١٥٨/١٣ ، روضة الطالبين ١٠/١٢ ، تحفة المحتاج ٢٩٦/١٠ ، الفروع لابن مفلح ٤٦٣/٦ ، شرائع الإسلام ١٠٧/٤ ، جواهر الكلام ٣٧٧/٤٠ ، ٣٧٨ ، فقه الإمام جعفر ٨٠/٥ .

(٢) المبسوط للسرخسى ٩٦/١٧ ، البدائع ٣٤١/٦ ، درر الحكام ٢٢٨/١٤ ، الأصول القضائية ص ١٠ ، القوانين الفقهية ص ٢٩٦ ، مغنى المحتاج ١٣٥/٤ ، حاشية الجمل على شرح الأنصارى ٤٠٩/٥ ، شرح المحلى وحاشية القليوبى ١٦٣/٤ ، ١٦٤ ، الفروع لابن مفلح ٦ /٤٦١ ، التاج المذهب ١٢/٤ ، البحر الزخار ٣٩٥/٦ .

والمقصود بالتناقض فى الدعوى : أن يسبق من المدعى كلام مناف للكلام الذى يقوله فى دعواه ، كأن يقر أمام القاضى بعين فى يده لغيره ، فيأمره القاضى بتسليمها لمن أقر له بها ، وبعد ذلك يدعى المقر أنه اشترى هذه العين من المقر له بتاريخ سابق على وقت الإقرار . فبذلك يكون متناقضاً ، إذ بإقراره الأول يكون معترفاً بملكية غيره فى تاريخ إقراره . وبدعواه الثانية يكون مدعيا أنه هو المالك فى ذلك التاريخ ، وما هذا إلا التناقض[١] .

فإذا وجد مثل هذا التناقض ، فإنه يمنع من قبول الدعوى ، لأنه يعد دليلاً على كذب المدعى فى دعواه ، إذ إنه يستحيل الجمع فى الصدق بين الشيء ونقيضه[٢] .

وقد خالف فى ذلك بعض المالكية وبعض الشافعية ، حيث ذهبوا إلى أن التناقض لا يمنع من قبول الدعوى[٣] ، لستدلالاً بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : **" لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه "** [٤] ، فإن من يدعى حقاً سبق له إنكاره ، قد يكون محقاً فى دعواه ، وعدم قبول هذه الدعوى قد يتسبب فى ضياع حقه هذا واستحواذ الغير عليه بغير وجه حق ، ودون أن تطيب نفسه بذلك ، وهذا هو الحرام المنهى عنه فى الحديث الشريف .

إلا أن الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، لأن التناقض يعد دليلاً قاطعاً على كذب المدعى ، ورغبته فى الحصول على حكم يحل له مال غيره بغير وجه حق ، فلو قبلت دعواه لأمكن أن يتحقق له ذلك ، وذلك ظلم لا محالة ، فكان الأولى رفعه بعدم قبول هذه الدعوى .

---

[١] البدائع ٣٤١/٦ ، درر الحكام ١٤ / ٢٢٨ ، الأصول القضائية ص ١٠ ، ١١ .

[٢] المراجع السابقة .

[٣] العقد المنظم للحكام لابن سلمون المالكى بهامش تبصرة الحكام ٢ / ١٩٨ ، ١٩٩ ، أدب القضاة لابن أبى الدم ص ٣١٤ .

[٤] رواه الدار قطنى والبيهقى من حديث أبى حرة الرقاشى عن عمه . قال الهيثمى : " وأبو حرة وثقه أبو داود ، وضعفه ابن معين " . وقال الألبانى : " واعتمد الحافظ فى التقريب الأول فقال : هو ثقة ، لكن العلة من الراوى عنه عن على بن زيد وهو ابن جدعان ،وهو ضعيف ، إلا أنه يستشهد به ويتقوى حديثه بما بعده " أ هـ . (سنن الدار قطنى كتاب البيوع ٣/ ٢٦(٩١) ، سنن البيهقى الكبرى ، كتاب الغصب ١٠٠/٦ ، كتاب قتال أهل البغى ١٨٢/٨ ، كنز العمال للمتقى الهندى ٩٢/١ ، مجمع الزوائد كتاب البيوع ١٧٢/٤ ، إرواء الغليل للألبانى ٢٧٩/٥) .

أما ما استدل به المخالفون ، فيرد عليه بأنه ليس أى تناقض يؤدى إلى رفض الدعــوى وعــدم قبولها ، وإنما التناقض الذى يؤدى إلى ذلك هو التناقض الذى لا يمكن رفعـــه بـــأى أمـــر من الأمور التى يرتفع بها التناقض[1] ، وهذه الأمور كفيلة بأن تبين التناقض الدال على كذب المدعى من عدمه . فإن توافر واحد منها ، قبلت الدعوى وحكم فيها لصاحب الحق بحقه ، وإلا رفضت ، لأن عدم توافر أى من هذه الأمور يجعلنا نقطع بأن المدعى كاذب فى دعواه **والله تعالى أعلم** .

هــذا ، ويلاحـــظ أن التـــناقض يمـــنع صـــحة الدعوى ، سواء تكلم بالكلامين المتناقضـــين فى مجلس القاضى ، أو تكلم بأولهما فى غير مجلس القاضى . لكن إذا تكلم بـــالأول فى غير مجلس القاضى ، يجب إثبات التكلم به فى مجلس القاضى ، حتى يثبت التناقض[2] .

الشرط الثاني : أن تكون الدعوى بتعبيرات جازمة وقاطعة :

اشترط كثير من الفقهاء ، أن تكون الدعوى بتعبيرات جازمة وقاطعة ، أى أن تكون عـــباراتها مشـــتملة على ما يفيد تيقّن المدعى وجزمه بثبوت الحق المدعي لدى المدعى علـــيه، فلو ذكر ما يفيد الوهم أو الشك أو الظن ، كأن قال: أظن أن لي عند هذا المدعى

---

(١)وهذه الأمور هى : أ- تصديق الخصم ، كأن يدعى شخص على أخر مبلغاً من المال بسبب القرض مثلاً ، ثم يدعى هذا المبلغ نفسه بسبب الكفالة . فيصدقه المدعى عليه فى دعواه الأخيرة . ب- ترك الدعوى الأولى وحصر المطلب فى الدعوى الثانـــية . كما لو قال : تركت كلامى الأول ، أو غلطت فيه أو كذبت أو نحو ذلك . ج- تكذيب القاضى للمدعى ، كما لو ادعى شخص على آخر أنه كفل له عن مدينه بألف دينار مثلاً ، فانكر المدعى عليه الكفالة ، وبرهن الدائن على أنه كفل عن مدينه ، وحكم عليه القاضى بالألف بمقتضى ذلك ، وأخذ المكفول له منه المال وبعد ذلك ادعى الكفيل على المدين أنه كفل عنه بأمره ، يريد الرجوع عليه بما دفع ، وبرهن على ذلك ، قبل منه ذلك ورجع على المدين بما أدى عنه ، لأنه صار مكذباً شرعاً فى إنكاره الأول بواسطة القضاء من القاضى ، د- ظهور معذرة المدعى ، بأن كان المدعى به محل خفاء . وهو يكون محل خفاء فى خصومات النسب والعتق والطلاق والوصايا والولاية والتولية والإبراء والاشتراء مستوراً ، ووجود المال مغصـــوباً والإرث والوقـــف . هـــ - التوفيق أو إمكان التوفيق بين الكلامين . (راجع تفصيل ذلك فى : المواد ١٩٥٣ ، ١٩٥٤ ، ١٩٥٥ مـــن المجلـــة ، درر الحكـــام ٢٤٣/١٤ وما بعدها ، شرح المجلة لسليم رستم باز ٩٧١/٢ وما بعدها ، الأصول القضائية ص ١١ وما بعدها ، البدائع ٣٤٢/٦ ، الفتاوى الهندية ٦٦/٤ ، قرة عيون الأخيار ٢٠/١ وما بعدها ، شرح المحلى وحاشية القليوبى ١٦٤/٤ ، نهاية المحتاج ٣٦٤/٨ ، مغنى المحتاج ٦١٠/٤ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ١٠/ ٣٣٠ ، الفروع لأبن مفلح ٤٦١/٦) .

(٢) معين الحكام ١٣١/١ ، درر الحكام ٢٣٠/١٤ ، الدر المختار وقرة عيون الأخيار ١٧/١٦/١ .

عليه ألف جنيه مثلاً ، أو أشك ، أو نحو ذلك ، **لم تصح** دعواه[١] وليست هناك عبارات مخصوصة يشترط ذكرها في الدعوى [٢].

وقد خالف في ذلك بعض المالكية ، حيث قالوا :" إنه إذا ادعى بمعلوم غير محقق وبين السبب ، فإنه تسمع دعواه"[٣]. **وبعض الإمامية** ، حيث قالوا :" ليس الجزم شرطاً ، بل يكفي مجرد الخصومة ، وإن كان سببها الظن أو الوهم . وهذا هو الحق ، خاصة إذا لم تكن الدعوى المتنازع عليها من فعل المدعى ، كالقتل والسرقة ، والتهاون بالأمانة وما إلى ذلك"[٤].

إلا أن الناظر في تفصيلات هذا الشرط عند الفقهاء ، يرى أنه لا يوجد فرق كبير بين الرأيين ، ذلك أن الفقهاء قد قالوا بأنه :" ينزل منزلة التحقيق، الظن الغالب؛ لأن الإنسان لو وجد وثيقة في تركة مورثه ، أو وجد ذلك بخطه ، أو بخط من يثق به ، أو أخبره عدل بحق له ، فالمنقول جواز الدعوى بمثل هذا والحلف بمجرده . وهذه الأسباب لا تفيد إلا الظن دون التحقيق ، لكن غالب الأحكام والشهادات إنما تنبني على الظن ، وتنزل منزلة التحقيق "[٥].

كما أنهم استثنوا من هذا الشرط دعاوى الاتهام ، أي الدعاوى الجنائية ، كأن يتهم إنساناً بسرقة ماله ، أو بأنه فرط فيه ، فتسمع وتوجه اليمين على المدعى عليه ؛ وذلك لأن دعاوى الاتهام قائمة على الشك والظن[٦] .

---

(١) الأصول القضائية ص ١٥ ، جواهر الإكليل ٢٢٦/٢ ، التاج والإكليل ١٢٠/٨ ، شرح منح الجليل ١٦٨/٤ ، القوانين الفقهية ص ٢٩٦ ، تبصره الحكام ١٨/١ ، الحاوي الكبير ٢٩٣/١٧ ، شرائع الإسلام ١٠٧/٤، ١٠٨ .

(٢) الأصول القضائية ص ١٥ .

(٣) حاشية الدسوقي ١٤٤/٤ .

(٤) فقه الإمام جعفر ٧٨/٦ .

(٥) تبصره الحكام ١٤٨/١ . ونحوه في الفروق ١٥٤/٤ وتهذيبه ١٥٧/٤ .

(٦) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٤٤/٤ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٢١١/٤ ، شرح الزرقاني وحاشية البناني ١٣٥/٧، ١٣٦ .

الشرط الثالث : **أن يذكر المدعى في دعــواه أنه يطالب المدعى عليه بحقه الذي يدعيه** :

اشـــترط هذا الشرط بعض الحنفية وبعض المالكية ، والشافعية في وجه ، وأكثر الحـــنابلة، **فقـالوا** بوجوب أن يذكر المدعى في دعواه أنه يطالب المدعى عليه بالحق ، فـــيقول :" وأنـــا أطالـــب به " أو " مره ليعطيني حقي " أو " أنا أسأل القاضي أن يلزمه الخـــروج إليّ من حقي " . فإذا لم يذكر المدعى ذلك في دعواه ، فإنها لا تسمع[١] ؛ لأن هذه المطالبة هي المقصودة بالتحاكم إلى القاضي ، فإذا لم ينطق بها المدعى ، كان كلامه هذا مجرد خبر وليس دعوى[٢]. ولأن الحكم على المدعى عليه حق للمدعى ، فلا يستوفيه الحاكم إلا بمطالبة مستحقه ، فإن لم يطلبه صاحبه ، لا يطلب له [٣]. .

وقــد خالفـفى ذلـك الحنفـية فى الصحيح عندهم ، والمالكية فى الراجح ، والشافعية فى وجه ، وبعض الحنابلة ، والزيدية ، فلم يشترطوا أن يذكر المدعى ذلك فى دعواه[٤]؛ لأن شاهد الحال يدل على رغبة المدعى في الحصول على حقه، فيكتفى به ؛ إذ العـــادة فـــى مثل هذا تقوم مقام سؤال القاضي[٥]. ولأن كثيراً من الناس لا يعرف مطالبة الحـــاكم بذلك ، فيترك مطالبته به ، لجهله ، فلو اشترط هذا الشرط لضاعت حقوق أمثال هؤلاء[٦].

وهــذا ما أميل إلـيه وأختاره ، لوجاهـــته وقوة حجته ، ولأن المعروف عن المحاكم ، أنها جهة الاختصاص للفصل فى الخصومات بين الناس ، وأخذ الحق من غير أهله ، وإعطائه لمن هو أهله. وليس لها عمل غير ذلك ، ولا يطرق أبوابها إلا من يطلب الانتصاف لنفسه والحصول على حقه، سواء نطق بذلك فى دعواه أو لم ينطق ، ومن هنا كـــان اشـــتراط هـــذا الشرط – فى نظرى – وقوفاً أمام شكليات وألفاظ لا تمت لجوهر

---

(١) البدائع ٣٤٠/٦ ، الأصول القضائية ص ١٥ ، تبصرة الحكام ٥٤/١ ، ٥٥ ، الحاوي الكبير ٢٩٤/١٧ ، المغنى ١١/ ٤٥٢ ، المقنع والشرح الكبير ٤٢٣/١١ .

(٢) الحاوي الكبير ٢٩٤/١٧ .

(٣) الأصول القضائية ص ١٥ ، المغنى والشرح الكبير ١١/ ٤٢٤ ، ٤٥٢ .

(٤) الأصـــول القضائية ص ١٥ ، تبصرة الحكام ٥٥/١ ، الحاوي الكبير ١٧/ ٢٩٤ ، المغنى والشرح الكبير ٤٢٣/٤ ، ٤٢٤ ، ٤٥٢ ، البحر الزخار ٣٩٤/٦ .

(٥) تبصرة الحكام ٥٥/١ ، الحاوي ٢٩٤/١٧ ، المغنى والشرح الكبير ٤٢٤/١١ ، ٤٥٢ .

(٦) المغنى والشرح الكبير ٤٢٤/١١ ، ٤٥٢ .

الدعوى بصلة . وعليه فيكون القول الثاني ، أهدى سبيلاً وأقوم قيلاً ، ويكون هو الأولى بالاتباع .... **والله تعالى أعلم** .

الشرط الرابع : **أن تكون بلسان المدعى بعينه** :

وقد اشترط هذا الشرط الإمام أبو حنيفة – **رحمه الله** – ، حيث يرى أن الدعوى لابد وأن تكـــون مرفوعة من المدعى نفسه ، سواء كان يدعى لنفسه ، أو لمن هو نائب عنه ، إذا لم يكن له عذر يمنعه من الحضور والمخاصمة أمام القاضي،فلو وكل فيالخصومة من غير عذر ولم يرض المدعى عليه بهذا الوكيل ، وادعى الوكيل بلسانه، لم تصح دعواه[1]؛ لأن الـــتوكل حوالة، والحوالة لا تجوز إلا برضا المحال عليه ، فكذا التوكل . وهذا لأن الخصومة تختلف ، والجواب مستحق عليه ، فصار نظير الحوالة ، بدليل أنه لا يوكل إلا من هو ألد وأشد إنكاراً ، ويلحقه بذلك ضرر عظيم ، فلا يلزمه بدون إلزامه ، كالحوالة . أما إذا كان به عذر من الأعذار ، فإن التوكيل يصح ، لأن الجواب غير مستحق عليه في هذه الحالة ، فلا يكون فيه إسقاط حق مستحق عليه[2].

بينما ذهب جمهور الفقهاء : الصاحبان من الحنفيةوالشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية ، إلى عدم اشتراط هذا الشرط ، فأجازوا التوكيل في الخصومة ولو لم يكـــن لدى المدعى عذر يمنعه من الحضور والمخاصمة ، ودون أن يتوقف التوكيل على رضاء الخصم. وإلى هذا أيضاً ذهب المالكية لكنهم اشترطوا أن لا يقصد المدعى بالتوكيل الإضرار بالخصم ، فلو كان مقصده ذلك لم يصح توكيله ، وذلك كما لو وكل من هو عدو للخصم ، أو من هو كثير اللدد والمشاحنة[3] .

وقد استدل هؤلاء بما روى عن عبد الله بن جعفر[4] أنه كان يحدث أن علياً كرم الله وجه كان لا يحضرالخصومة وكان يقول:"**إن لها قحماً يحضرها الشيطان**"؛ فجعل خصومتـــه

---

[1] البدائع ٣٤٠/٦ ، البحر الرائق ١٩٢/٧ ، تبيين الحقائق ٢٥٥/٤ ، الأصول القضائية ص ٨، ٩ .

[2] تبين الحقائق ٢٥٥/٤ ، المغنى والشرح الكبير ٢٠٤/٥ .

[3] البدائع ٣٤٠/٦ ، تبيين الحقائق ٢٥٥/٤ ، الأصول القضائية ص ٩ ، بداية المجتهد ٢/ ٣٥٨ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٣٧٨/٣ ، تبصرة الحكام ١٧٩/١ ، ١٨٠ ، مغنى المحتاج ٢٩٩/٢ ، شرح المحلى على المنهاج ٣٣٨/٢. ، ٣٣٩ ، المغنى والشرح الكبير ٢٠٤/٥ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، منار السبيل ٣٤٨/١ ، المحلى لابن حزم ٣٦٦/٩ ، السيل الجرار ٤/ ٢٢٧ ، البحر الزخار ٦٢/٦ ، فقه الإمام جعفر الصادق ٧٧/٦ ، شرائع الإسلام ١٩٦/٢ .

[4] هـــو عـــبد الله بن جعفر بن أبي طالب بن عبد المطلب القرشي الهاشمي ، ولد بأرض الحبشة ، وكان أوله مولود ولد في الإســـلام بها . روى عن النبي صلى الله عليه وسلم خمسة وعشرين حديثاً . وكان جواداً كريماً حتى سمي " بحر الجود ". قال الحـــافظ عبد الغنى :" لم يكن في الإسلام أسخى منه ". وتوفى بالمدينة سنة ٨٠هـــ وقيل سنة ٩٠هـــ . والصحيح الأول ، ودفن بالبقيع. (تهذيب الأسماء واللغات ٢٦٣/١ ، أسد الغابة ٩٤/٣ ، سير أعلام النبلاء ٤٥٦/٣) .

إلى عقيل[1]. فلما كبر ورقّ حوّلها إليّ ، فكان يقول: **ما قضى لوكيلي فلي ، وما قضى على وكيلي فعليّ** [2] .

قالوا : " وهذه قصص انتشرت ، لأنها فى مظنة الشهرة ، فلم ينقل إنكارها"[3] ، واستدلوا أيضاً: بأن الحاجة تدعوا إلى ذلك ، فإنه قد يكون له حق ، أو يدعى عليه، ولا يحسن الخصومة ، أو لا يحب أن يتولاها بنفسه ، فجاز التوكيل من غيررضاء الخصم لذلك[4]. وبأن الخصومة حق المدعى ، وله أن يباشرها بنفسه من غير رضاء خصمه ، فكذلك له أن يوكل من يباشرها عنه من غير رضاء الخصم ، كسائر حقوقه [5] .

واستدل المالكية على اشتراط عدم قصد الإضرار من المدعي بالمدعي عليه: بأن الإضرار لا يحل إدخاله على المسلمين ، حيث قال صلى الله عليه وسلم :" **لا ضرر ولا ضرار** "[6].

هذا وقد اختار متأخروا الحنفية للفتوى أن القاضى إذا علم من الخصم التعنت فى رفض التوكيل ، لا يمكنه من ذلك ، ويقبل التوكيل من المدعى من غير رضاء خصمه ، وإن علم من الموكل قصد الإضرار بخصمه ، لا يقبل منه التوكيل إلا برضاء خصمه[7].

---

(١) هو عقيل بن أبي طالب أخو علي وجعفر رضى الله عنهما لأبويهما ، وكنيته أبو يزيد . أسلم قبل الحديبية وهاجر إلى النبي صلى الله عليه وسلم سنة ٨هـ ، وشهد غزوة مؤته وحبسه المرض عن غزوة الفتح وحنين والطائف . وأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم من خيبر مائة وأربعين وسقاً كل سنة. قال له النبي صلى الله عليه وسلم:" **إنى أحبك حبين : حبا لقرابتك منى وحبا لما كنت أعلم من حب عمى إياك** " وكان سريع الجواب المسكت للخصم . وكان أعلم قريش بالنسب وأعلمهم بأيامها. روى عنه ابنه محمد والحسن البصري وغيرهما وهو قليل الحديث . توفى في خلافة معاوية . (أسد الغابة ٥٦٠/٤ (٣٧٢٦)،الاستيعاب بهامش الإصابة ١٠٨/٨(١٨٣٤) ، طبقات ابن سعد ٤٢/٤والحديث أخرجه ابن سعد في طبقاته ٤٤/٤ عن أبي اسحاق . وذكره صاحب كنز العمال في باب عقيل بن أبي طالب ٧٤٠/١١ (٣٣٦١٨) وقال بانه مرسل

(٢) رواه ابن أبي شيبة فى مصنفه كتاب البيوع والأقضية باب الوكالة فى الخصومة ٣٨٩/٥ (١) . وقوله :" قحماً " أى مهالك . (المغنى ٢٠٥/٥) .

(٣) المغنى والشرح الكبير ٢٠٥/٥ ، ٢٠٧ .

(٤) المرجعان والموضعان السابقان .

(٥) تبين الحقائق ٢٥٥/٤ ، مغنى المحتاج ٢٩٩/٢ ، شرح المحلى على المنهاج ٣٣٨/٢ ، ٣٣٩ .

(٦) تبصرة الحكام ١٨٠/١ والحديث رواه الأئمة : مالك في الموطأ كتاب الأقضية باب القضاء في المرفق ٧٤٥/٢ (٣١) ، وابن ماجة في سننه كتاب الأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجار ٧٨٤/٢٥ (٣٣٤٠ ، ٣٣٤١) ، والدار قطنى في سننه كتاب الأقضية والأحكام باب في المرأة تقتل إذا ارتدت ٢٢٧/٤ ، ٢٢٨ (٨٣ ، ٨٤ ، ٨٥)،والطبراني في الأوسط ١٤٠/١ (٢٧٠) ، ٤٠٧/٢ (١٠٣٧) ، ٣٠٠/٤ (٣٧٧٧) ، ٣٨٢/٥ (٥١٩٣) من حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه ، وعبادة بن الصامت وعائشة وابن عباس وجابر وأبي سعيد الخدرى رضى الله عنهم جميعاً ، وانظر : مجمع الزوائد للهيثمى ١١٠/٢ ط دار الكتاب العربي – بيروت –

(٧) تبين الحقائق ٢٥٥/٤ .

لكنى أميل إلى ما قال به جمهور الفقهاء من عدم اشتراط هذا الشرط ، وجواز التوكيل في الخصومة دون توقف على رضاء الخصم ، لقوة حجتهم . ولأن عادة الناس قد جرت على ذلك من لدن الصحابة الكرام وحتى الآن ، والعادة شريعة محكمة .

ولأن فى التوكيل مصلحة مؤكدة ، وهذه المصلحة لا تخفى على أحد ، وشريعةالإسلام تأبى أن تقف حجر عثرة أمام مصالح الناس .

ولأن الأدلة الدالة على صحة التوكيل عامة[1]، ولم يرد ما يخرج هذه المسألة من عمومهـا ، بـل إن مـا ورد من أدلة استدل بها الجمهور ، تؤكد جواز التوكيل فى هذه الحالـة. **وعلى ذلك** فإخـراج هذه المسألة من عموم الأدلة الدالة على جواز التوكيل ، تخصيص بلا مخصص ، وهو لا يجوز ..... **والله تعالى أعلم** .

الشرط الخامس أن يذكر المدعى فى دعوى العقار أن المدعى به فى يد الخصم [2]:

وقد اشترط الفقهاء ذلك ، لأن الدعوى لابد وأن تكون على خصم ، والمدعى عليه إنما يصير خصماً إذا كان العقار بيده ؛ لأن الخصم فى دعوى العقار هو واضع اليد ، فما لـم يذكر المدعى فى دعواه ذلك ، لم يعلم أن المدعى عليه خصمه فيها ، فلا يتجه عليه وجوب الجواب عنها [3].

ويستثنى من هـذا الشرط : دعوى عدم التعرض ، فلو قال : هذه الدار لى ، وهـو يمنعنيها ، سمعت دعواه ، وإن لم يقل هى فى يده ، لأنه يمكن أن ينازعه وإن لم تكن فى يده[4].

---

(1) ومن هذه الأدلة : قوله تعالى حكاية عن أصحاب الكهف : " فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه " (من الآية ١٩ من سورة الكهف) وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ما ينسخه . وما صح عن الـنبى صلى الله علية وسلم أنه بعث أبارافع ورجلاً من الأنصار ، فزوجاه ميمونة بنت الحارث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل أن يخرج . (رواه الإمام مالك فى الموطأ كتاب الحج باب نكاح المحرم ٣٤٨/١ (٦٩) وقال ابن عبد البر : هـذا الحديـث قـد رواه مطر الوراق عن ربيعة عن سليمان بن يسار عن أبي رافع . وذلك عندنا غلط من مطر ، لأن سـليمان بن يسار ولد سنة أربع وثلاثين ...ومات أبو رافع بالمدينة بعد قتل عثمان رضى الله عنه في ذى الحجة سنة خمس وثلاثين ....فلا معنى لرواية مطر . وما رواه مالك أولى " أ هـ (التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر ٣/ ١٥١ تحقيق محمد التائب السعيدى مطبعة فضالة – المحمدية المغرب ط٢ سنة ١٤٠٢هـ ١٩٨٢ م ، وانظر تبيين الحقائق ٢٥٤/٤ ، مغنى المحتاج ٢٩٤/٢ ، المغنى ٥/ ٢٠١) .

(2) الهدايـة والعناية وتكملة الفتح ١٦١/٨ ، البدائع ٣٣٩/٦ ، الأصول القضائية ص ١٥ ، تبصرة الحكام ١٤٩/١ ، مواهـب الجلـيل ١٢١/٨ ، الحاوى الكبير ٢٩٣/١٧ المغنى والشرح الكبير ٤٣٧/١١ ، ٤٥٠ ، ١٦٧/١٢ ، حدائق الأزهار مع السيل الجرار ١٤٠/٤ .

(3) الهداية والعناية وتكملة الفتح ١٦١/٨ ، ١٦٣ ، البدائع ٣٣٩/٦ ، الأصول القضائية ص ١٥ ، ١٦ .

(4) مغنى المحتاج ٥٩٠/٤ ، حاشية الرشيدى على الرملى ٣٤١/٨ ، ٣٤٢ ، حاشية الشروانى على التحفة ٢٩٦/١٠ .

الشـرط السـادس: أن يذكر المدعى فى دعوى المنقول القائم أن المدعى به فى يـد خصمهبغير حق [١] ؛ وذلك لأنه يحتمل أن يكون المدعى به فى يد المدعى عليه بحق ، كمـا لو كان مرهوناً فى يده ، أو محبوساً بالثمن فى يده ، فلا تصح الدعوى قبل أداء الدين أو قبل أداء الثمن . وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال ، إذ لو كان مرهوناً أو محبوساً بالثمـن ، لما طالب بانتزاعه من ذى اليد قبل أداء الدين أو الثمن . وبسبب هذا الاحتمال قالوا بوجوب أن يقول المدعى فى دعوى المنقول: هذا الشيء الذى أدعيه فى يد المدعى عليه بغير حق ، إزالة لهذا الاحتمال[٢] .

هـذا ، ويـرى بعض الباحثين المعاصرين – بحق – أنه لا داعى لهذا الشرط ، بـناء على أن المقصود به هو عين المقصود بشرط المطالبة الذى سبق تفصيل القول فيه وبيان أن الراجح عدم اشتراطه . كما أن القرائن تدل على أن المدعى يطالب بحقه ، لأنه يعتـبر خصـمه ظالماً له . فإن مجرد قدومه إلى القاضي وادعائه لديه، يدل على ذلك . وبناء عليه لا تكون ثمة ضرورة لا شتراط هذا الشرط . فإن كان الخصم واضعاً يده على المدعى به بحق ، صرح بذلك عند جوابه ، وبرهن عليه ، ولا يمنعه من ذلك مانع ، حتى ولو قال المدعى: هو فى يده بغير حق[٣].

الشرط السابع: أن تكون الدعوى فى مجلس القضاء [٤]:

والمراد بمجلس القضاء: المكان الذي يجلس فيه القاضي للقضاء بين الناس سواء كان مسجداً أو بيتاً ، أو محكمة كما هو الشأن في هذه الأيام.[٥]

وعلى ذلك فلو حصلت الدعوى في غير مجلس القضاء ، كانت غير صحيحة وغير مسموعة ؛ لأنها حينئذ تكون مجرد دعوى لغوية وليست دعوى اصطلاحية[٦]

---

[١] العناية وحاشية سعدى جلبي ١٥٤/٦ ، الأصول القضائية ص ١٦ ، تبصرة الحكام ١٤٩/١ ، مواهب الجليل ١٢١/٨ ، الحاوي الكبير ١٧/ ٢٩٣ ، العزيز للرافعى ١٣/ ١٥٨ ، المغنى ١٦٧/١٢ .

[٢] نتائج الأفكار وحاشية سعدى جلبي ١٦٤/٨ ، ١٦٥ ، الأصول القضائية ص ١٦ .

[٣] د. محمد نعيم ياسين – نظرية الدعوى ٤١٧/١ ، ٤١٨ .

[٤] البدائع ٣٤٠/٦ ، درر الحكام ١٥٢/٤ ، ١٥٦ البحر الرائق ١٩٢/٧ ، تبيين الحقائق ٢٩٠/٤ ، تنوير الأبصار والدر المختار ٢٥٢/٨ ، نهاية المحتاج ٣٣٣/٨ ، تحفة المحتاج ٢٨٦/١٠ ، السراج الوهاج ص ٦١٤ .

[٥] تبصرة الحكام ٣٨/١ ، ٣٩ قرة عيون الأخيار ٤٤٩/١ .

[٦] البدائع ٣٤٠/٦ ، تبين الحقائق ٢٩٠/٤ ، ٢٩١ ، الأصول القضائية ص ٨ .

هذا ، ويلحق بالقاضي المحكّم ، لأنه يلزم الخصم بالحق ويخلصه[١] ، كما يلحق بـــه الأمير والوزير ونحوهما ممن يرجى الخلاص على يديهم ، بناء على صحة الشهادة عـــندهم ، وعليه فيشترط فى الدعوى أن تكون فى مجلس أى من هؤلاء وإلا كانت غير صحيحة وغير مقبولة[٢]

⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘

(١) درر الحكام ١٥٢/١٤ ، شرح المجلة لسليم رستم باز ٩٠٧/٢ .

(٢) نهايـــة المحـــتاج ٣٣٣/٨ ، شـــرح الأنصارى على المنهاج وحاشية الجمل ٤٠٩/٥ ، مغنى المحتاج ٥٨٥/٤ ، حاشية البجيرمى على الخطيب ٣٤٧/٤ ، ٣٤٨ ، السراج الوهاج ص ٦١٤ .

المبحث الثاني
شروط قبول الدعوى في القانون الوضعي

الشروط التي يجب توافرها لقبول الدعوى في القانون الوضعي ، منها ما هو إيجابي ، ومنها ما هو سلبي . فالشروط الإيجابية ، يجب توافرها لقبول الدعوى ، والشروط السلبية ، يجب عدم وجودها حتى تقبل الدعوى[١] .

وفيما يلي — **بمشيئة الله تعالى** — بيان موجز بهذه الشروط ، وذلك في مطلبين

****

المطلب الأول
الشروط الإيجابية لقبول الدعوى

تحديد هذه الشروط :

اختلف فقهاء المرافعات في تحديد الشروط الإيجابية لقبول الدعوى : فرأى جمهورهم أن لها شرطا واحداً هو المصلحة . وقد اعتبر هؤلاء الشروط الأخرى التي يذكرها البعض أوصافاً في المصلحة أو خصائص لها[٢]. وأضاف بعضهم إلى هذا الشرط شرط الصفة[٣].

---

(١) يلاحظ أن الحديث هنا سينصب على الشروط العامة لقبول الدعوى ، ذلك أن هناك شروطاً خاصة يتطلبها القانون لقبول بعض الدعاوى ، بالإضافة إلى الشروط العامة ، مثل تحديد ميعاد لرفع لدعوى ، كوجوب رفع دعوى الحيازة خلال سنة من بدء التعرض للحيازة (المواد ٩٥٨ ، ٩٦١ ، ٩٦٢ مدني) ، ووجوب رفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه الرغبة في الأخذ بالشفعة ، وإلا سقط الحق فيها (المادة ٩٤٣ مدني) ، ووجوب الالتجاء إلى القضاء بطريق معين ، كالمطالبة بالديون النقدية والمنقولات المثلية الثابتة بالكتابة بطريق أوامر الأداء وغير ذلك . (د . أمينة النمر — الوجيز في قوانين المرافعات ص ١٦ ، ١٧) .

(٢) د. الشرقاوي، د. جميعي — شرح قانون المرافعات ص ٢٥ ، ٢٦ ، د. الشرقاوي — الوجيز ص ٢٦ ، د. أحمد أبو الوفا ص ١١٩ ، د. رمزي سيف — الوسيط ص ١٠٠ ، ١٢٤ ، ١٢٥ ، د. حامد أبو طالب — محاضرات في قانون المرافعات ١٩٤/٢ .

(٣) د. أحمد مسلم — أصول المرافعات ص ٣١٧ ، ٣٢٩ ،د. مصطفى كيرة — قانون المرافعات الليبي ص ٢٥٧ ، د. أمينة النمر — الوجيز ص ٢١٨ سنة ١٩٩٠، د. عبد الحكم شرف ، د. السعيد الإزمازى دراسات في قانون المرافعات =

وأضـــاف بعضهم إلى هذين الشرطين شرط الأهلية[١]. وأضاف بعضهم إلى هذه الشروط شـــرط كون الحق مكفولاً بدعوى[٢]. وذهب بعضهم إلى أن هذه الشروط هي: ١- وجود حـــق ٢- وجـــود مصلحة . ٣- وجود موضوع للدعوى . ٤- وجود صفة . ٥- وجود أهلية أو سلطة للتقاضي[٣]. وذهب بعضهم إلى أنه يشترط لوجود الحق في الدعوى :١- وجود حق أو مركز قانوني . ٢- وقوع اعتداء على هذا الحق أو المركز القانوني . ٣- وجود الصفة . ويشترط لقبول الدعوى شرط واحد هو المصلحة . ورتب هذا البعض على عـــدم توافـــر شرط وجود الحق في الدعوى، وجوب الحكم برفضها ، وعلى عدم توافر شرط قبولها ، وجوب الحكم بعدم قبولها[٤].

وباستقراء هذه الشروط في كتبهم ، نرى أن هذا الاختلاف ليس اختلافاً جذرياً ، إذ إنـــه توجد نفس العناصر الأساسية في كل اتجاه ، رغم اختيار كل فقيه تعبيراً خاصاً بـــه[٥]. إلا أن أقـــرب هذه الآراء إلى الصواب هو الرأي الثاني ، الذي اشترط المصلحة والصفة لقبول الدعوى ، فهذان الشرطان ضروريان لوجود الحق في الدعوى ، بحيث إذا انـــتفى أحدهمـــا لم يقم الحق في الدعوى ، وما استطاع الشخص الحصول على حكم في موضـــوعها ، ولذا فالمصلحة تعبر عن الجانب الواقعي أو المادي للدعوى ، بينما الصفة تمثل الجانب الشخصي فيها[٦].

أما اشتراط وجود الحق الموضوعي لقيام الدعوى ، فلا وجه له ؛ لأنه يتعارض مع اعتبار الدعوى حقاً مستقلاً عن الحق الموضوعي ، وبالتالي فيكون شرطاً للطلب ذاته ، وليس لوجود الحق في الدعوى[٧].

= ص٢٩١ د. إبراهـــيم ســـعد– محاضرات في قانون المرافعات ص ٥١ ط سنة ١٩٧٢ ،د. رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ١٣ وما بعدها .

[١] د. عبد الحميد أبو هيف – المرافعات ص ٣٢٣ ، د. محمد حامد فهمي – المرافعات ص ٣٥٨ .

[٢] د. عبد الفتاح السيد بك – الوجيز ص ٣٠٧ .

[٣] أ. محمد العشماوى ، د. عبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات ص ٥٦٢ .

[٤] د. فتحي والى – قانون القضاء المدني الكويتي ص ٤٠ وما بعدها ، الوسيط ص ٥٧ وما بعدها ، د. نبيل عمر – أصول المرافعات ص ٤٥٨ وما بعدها .

[٥] د. إبراهيم سعد – القانون القضائي الخاص ١٣٦/١ .

[٦] د. عبد الحكم شرف ، د. السعيد الإزمازى – دراسات ص ٢٩١ ، ٢٩٢ ، د. فتحي والى – الوسيط ص ٥٨ .

[٧] د. أحمد مسلم – أصول المرافعات ص ٣١١ .

كما أن اشتراط كون الدعوى قائمة على حق معين ، إنما هو من قبيل التزيد ،لأنه شرط يغنى عنه أو يحل محله ، وصف المصلحة بأنـــها "**قانونية**" . **وكذلك اشتراط وقوع الاعتداء على الحق** ، إذ يغنى عنه أو يحل محلـــه وصف المصلحة بأنها "**قائمة وحالة**".[١]

وأما شـرط الأهلـية ، فالراجح فقهاً أنه شرط لصحة الإجراءات ، وليس شرطاً لقـبول الدعـوى ، بمعـنى أنه إذا باشر الدعوى من ليس أهلاً لمباشرتها ، كانت دعواه مقـبولة ، ولكـن إجـراءات الخصومة تكون باطلة ، ولا أدل على ذلك من أنه إذا رفع الدعوى شخص ثم طرأ عليه فى أثناء نظرها ما جعله غير أهل لمباشرتها ، كما لو حجر عليه ، فإن الدعوى تظل مقبولة ، ولكن الخصومة تنقطع إلى أن تستأنف فى مواجهة من له حق مباشرتها ، كالقيم على المحجور[٢] .

وعلى ذلك فسيقتصر حديثنا على شرطى المصلحة والصفة وذلك فيما يلى :

الشرط الأول : المصلحة فى الدعوى

يقصد بالمصلحة : الحاجـة إلـى حماية القانون للحق المعتدى عليه ، والمهدد بالاعتداء عليه ، والمنفعة التى يحصل عليها المدعى بتحقيق هذه الحماية[٣].

وقد نصت المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ على ضرورة توافر هذا الشرط بالنسبة للمدعى حتى تقبل دعواه فقالت: " لا تقبل أى دعوى ، كمـا لا يقـبل أى طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون ، أو أى قانون آخر ، لا تكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون " .

وقـد قصد المقنن من وراء ذلك ، تصفية الدعاوى المرفوعة أمام القضاء ، حتى لا تنشـغل المحاكم بالفصل فى دعاوى لا طائل من ورائها ، فإذا كان المدعى يستفيد من

---

[١] د . حـامد أبو طالب – محاضرات ١٩٤/٢ ، د. أمينة النمر – الوجيز ص ٢١٧ ، د. عبد الباسط جميعي – مبادىء المرافعات صـ ١٩٠ .

[٢] د. رمزى سيف – الوسيط ص ١٢٤ ، ١٢٥ ، د. فتحي والي – الوسيط ص ٨٣ ، قانون القضاء المدنى الكويتى ص ٤٧ ، د. أمينة النمر – الوجيز ص ٢١٨ ، د . أحمد مسلم – أصول المرافعات ص ٣٣٤ ، د. أحمد أبو الوفا – المرافعات ص ١٣٥ .

[٣] د. عـبد المـنعم الشرقاوى – نظرية المصلحة فى الدعوى ص ٥٦ ، الوجيز ص ٢٧ ، د. عبد الباسط جميعي – شرح قانون المرافعات ص ٢٧ ، د. رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ١٤ .

الالـــتجاء إلى القضاء ، تكون له مصلحة فى الدعوى ، وتكون دعواه مقبولة ، أما إذا لم تكن هناك فائدة أو منفعة تعود عليه من الالتجاء إلى القضاء ، فلا يجوز له رفع الدعوى ، ولا تكون دعواه مقبولة[١]، حيث لا دعوى بغير مصلحة ، والمصلحة مناط الدعوى[٢].

أوصاف المصلحة

والمصلحة المعنية هنا وكما حددتها المادة المذكورة ، هى التى تستجمع أوصافاً أو خصائص معينة هى : أن تكون قانونية ، وأن تكون قائمة وحالة ، وأن تكون شخصية ومباشرة . وأبين هذه الأوصاف بشيء من الإيجاز فيما يلي :

الوصف الأول: المصلحة القانونية :

ويقصد بقانونية المصلحة : أن يكـون موضوع الدعوى هو المطالبة بحق أو مركز قانونى ، أو التعويض عن ضرر أصاب حقاً من الحقوق[٣].

أى أنه لابد من وجود نص فى القانون تستند إليه هذه المصلحة ، وإلا فإنها تكون غير قانونية ، وبالتالى تكون الدعوى غير مقبولة[٤]. مثال ذلك : مغتصب العقار إذا رفع دعوى بمنع تعرض المالك له متى أقر فى دعواه أنه مغتصب ، إذ فى هذه الحالة لا يوجد نص فى القانون يخول المغتصب حماية حيازته[٥].

ولابد أيضاً من وجود وقائع معينة ينطبق عليها هذا النص القانونى . وهذه مسألة واقعية ، تبحث فى الحالة التى يطرحها المدعى على القضاء[٦]. فإن كان (أ) يرفع دعوى دائنية على (ب) ، فإنه يجب إثبات أن (ب) مدين لـــ (أ) [٧].

---

[١] د. أمينة النمر – الوجيز ص ١٧ – مطابع أرتك – ، د. رمزي سيف – الوسيط ص ١٠٠ ، د. أبو هيف المرافعات ص ٣٢٣ .

[٢] د. رمزي سيف – الوسيط ص ١٠٠ د. محمد حامد فهمي.المرافعات ص ٣٥٨ ، د. الشرقاوى – الوجيز ص ٣٦

[٣] د. محمـــد حامد فهمي – المرافعات ص ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، د. رمزى سيف – الوسيط ص ١٠٢ ، د. أحمد أبو الوفا ص ١٢١ ، د. الشرقاوى – نظرية المصلحة ص ٥٧ ، م. الدناصورى ، أ. عكاز – التعليق على قانون المرافعات ٢٣/١ .

[٤] د. فتحى والى – قانون القضاء المدنى الكويتى ص ٤٠ ، د. أنور طلبة – موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ص ٥٢ – دار المطـــبوعات الجامعية سنة ١٩٩٣ ، د. نبيل عمر – أصول المرافعات ص ٤٦٠ ، د. رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٢٢ .

[٥] د. أنور طلبة – موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ص ٥٢ .

[٦] د. فتحى والى – قانون القضاء المدنى الكويتى ص ٤١ ، الوسيط ص ٥٧ ، د. نبيل عمر – أصول المرافعات ص ٤٦٠

[٧] د. فتحى والى قانون القضاء المدنى الكويتى ص ٤١ ، الوسيط ص ٥٧ .

والحكمة من هذا الوصف هى أن وظيفة القضاء هى حماية النظام القانونى ، وبالتالى حماية الحقوق والمراكز القانونية ، ولذا لا تقبل الدعوى إلا إذا كانت ترمى إلى حماية حق أو مركز قانونى . أما إذا رفعت دعوى للمطالبة بمصلحة لا يحميها القانون ، فإنها لا تكون مقبول ، لأنها تتجاوز وظيفة القضاء[١].

هذا وقد اختلف الفقه القانوني في تحديد نطاق ما يراد استبعاده بوصف قانونية المصلحة

فذهب البعض إلى أن المقصود بهذا الوصف ، استبعاد المصالح الاقتصادية البحتة ، وهى تلك المصالح التى لا يحرمها القانون فى حد ذاتها ، ولكنه لم يعلن حمايته لها[٢] . نحو أن يدعى شخص على أخر طالباً إلزامه بإقراضه مالاً ، كما أقرض غيره ممن هم أقل منه ملاءة ، أو إلزامه بالتصدق عليه ، كما تصدق على غيره وهو أحق منهم بالصدقة [٣] . أو بطلب تاجر بطلان شركة تنافسه فى تجارته دون أن يكون شريكاً فى هذه الشركة ، حتى ولو كان هذا العقد بالفعل باطلاً[٤] .

وذهب البعض إلى أن المقصود بهذا الوصف ، استبعاد المصالح التى يحرمها القانون ، ومنها المصالح التى نصت على عدم مشروعيتها المادة الخامسة من القانون المدنى ، وهى :

١- إذا لم يقصد باستعمال الحق سوى الإضرار بالغير .

٢- إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

٣- إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة .

كذلك لا تكون مقبولة ، الدعوى التى ترمى إلى تحقيق مصلحة نظرية صرف[٥].

وذهب البعض إلى أن المقصود هو استبعاد كل ذلك ، فتكون المصلحة غير قانونية إذا كانت مخالفة للنظام العام والآداب ، أو كانت اقتصادية غير مستندة إلى حق قانونى[٦].

---

(١) د. وجدي راغب – مبادئ قانون المرافعات ص ٩٥ .

(٢) د. رمزى سيف – الوسيط ص ١٠٣ ، د. مصطفى كيرة – قانون القضاء الليبى ص ٢٥٨ .

(٣) أ . فارس الخورى – أصول المحاكمات الحقوقية ص ١٢٩ .

(٤) د. محمد حامد فهمى – المرافعات ص ٣٦٠، د. رمزى سيف – الوسيط ص ١٠٣ ، د. أحمد أبو الوفا – المرافعات ص ١٢٢ .

(٥) أ . محمد العشماوى ، د. عبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات ص ٥٧٣ وما بعدها ، د. حامد أبو طالب – محاضرات فى قانون المرافعات ١٩٨/٢ .

(٦) د. الشرقاوى ، د. جميعى – شرح قانون المرافعات ص ٢٨ ، ٢٩ ، د. الشرقاوى – الوجيز ص ٢٧ ، ٢٨ ، د. أحمد أبو الوف – المرافعات ص ١٢١ ، د. أمينة النمر – الوجيز ص ١٩ ، ٢٠ .

فمثال المصلحة المخالفة للنظام العام والآداب :

دعوى المطالبة بتنفيذ عقد بين خليل وخليلته مضمونه استمرار العلاقة بينهما[١] .

ودعـــوى المطالبة بتنفيذ التزام باختلاس مال ، أو الاعتداء على شخص ، أو التجارة فى بضائع لا يجيزها القانون وغير ذلك[٢] .

وقد سبق التمثيل للمصالح الاقتصادية التى لا تستند إلى حق قانونى .

والــراجح : ما ذهب إليه هؤلاء ، إذ إن ما قالوه هو الذى يتفق مع التفسير الذى اتفقوا عليه لقانونية المصلحة[٣] .

أنواع المصلحة القانونية :

المصلحة القانونية قد تكون مصلحة مادية أو معنوية أو اقتصادية يقرها القانون :

فالمصلحة الماديــة هى المصلحة التى لها قيمة مالية أو تؤدى إلى نتائج مالية ، كالمطالبة بالحق ولو كان حقاً معنوياً ، والمطالبة بالتعويض عن الاعتداء على الحق .

والمصلحة المعنوية هـــى المصلحة التى تهدف إلى حماية الحقوق الفردية التى تـــتعلق بشخصية الفرد ، والحقوق المتعلقة بها ، كالحق فى الاسم وغيره من الحقوق ولو كانـــت للحق نتائج مالية ومادية . ومثال هذا : دعوى المطالبة بإثبات انتماء شخص إلى آخـــر ، أى اثبات نسب شخص ادُّعِيَ بأنه ابن غير شرعى . وكذلك الدعاوى التى يقصد بها صيانة سمعة الشخص أو شرفه أو عاطفته ، مثل الدعاوى التى قد ترفع لنفى أوصاف مشينة ألحقت بشخص أو تصرفات خاطئة أسندت إليه[٤] .

والمصلحة الاقتصادية هى المصلحة التى قد تؤدى إلى منفعة مالية . وتكون هذه المصـــلحة قانونـــية إذا كان القانون يقرها ، وذلك مثل المصلحة فى الدعوى التى يرفعها الدائـــن للمطالـــبة بـــبطلان التنفيذ على أموال مدينه ، فالمصلحة هنا هى المحافظة على الضـــمان العـــام للدائن على أموال مدينه ، وهى قانونية ، لأن القانون يجيز للشخص أن يرفع دعوى باسم مدينه مستعملاً حقوقه[٥].

---

[١] د . أحمد أبو الوفا – المرافعات ص ١٢٢ .

[٢] د . أمينة النمر – الوجيز ص ٢٠ .

[٣] د . محمد نعيم ياسين – نظرية الدعوى ١/٣٣٤ .

[٤] د. محمـــد حامد فهمي – المرافعات ص ٣٦٠ ، د. عبد الحميد أبو هيف – المرافعات ص ٣٢٥ ، د. مصطفى كيرة – قانون المرافعات الليبي ص ٢٥٨ ، د. أمينة النمر – الوجيز ص ١٩ ، د. حامد أبو طالب – محاضرات فى قانون المرافعات ٢/١٩٩ .

[٥] د. أمينة النمر – الوجيز ص ١٩ ، ٢٠ .

الوصف الثاني : المصلحة القائمة والحالة :

ويقصد بهذا الوصف : أن يكون حق رافع الدعوى قد اعتُدى عليه بالفعل ، أو حصلت له منازعة فيه ، فيتحقق الضرر الذى يبرر الالتجاء إلى القضاء ، وذلك كأن يمتنع المؤجر عن تسليم المستأجر العين موضوع عقد الإيجار ، أو يمتنع المدين عن الوفاء بالدين رغم حلول أجله[1]، أو يغصب شخص عيناً فى حيازة غيره ، أو يرتكب عملاً ضاراً به .

فإذا لم يقع اعتداء على الحق بمثل هذه الصور ، فلا مصلحة لصاحبه تبرر له المطالبة بمجرد تقريره فى مواجهة الغير[2].

وإنما اشترط تحقق هذا الوصف فى المصلحة ، لأن الدعوى لم تشرع لحماية مصلحة المدعى فقط ، وإنما قصد بها أيضاً استقرار النظام وتأمين المعاملات ، فلزم من ذلك أن لا تكون مباشرتها متوقفة على هوى من تقررت لمصلحته ، بل تخضع مباشرتها لشروط أخرى لا دخل لإرادته فيها ، وهى أن يكون ثمة ضرر حال قد لحق برافعها[3].

ولأن الأصل فى الدعاوى فى نظامنا القانونى ، أنها دعاوى علاجية ، ترمى إلى رفع اعتداء وقع بالفعل ، أو إصلاح ضرر حصل فعلاً[4].

ولأن ذلك ما يقتضيه المنطق السليم ، فالدعوى فى العصور الحديثة قد حلت محل القوة لحماية الحق ، وطالما أن القوة لا تستعمل إلا عند الاعتداء على الحق ، فمن الطبيعى أيضاً أن الدعوى لا تستعمل إلا إذا اعتدى عليه[5].

وإذا كانت هذه هى القاعدة ، فإن قانون المرافعات قد قرر فى مادته الثالثة قبول بعض الدعاوى التى تكون المصلحة فيها محتملة وليست قائمة فقال:" لا يقبل أى طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة ... ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب ، الاحتياط لدفع ضرر محدق ، أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه " . **ومن هذا النص يتضح أن هذه الدعاوى تنحصر فى حالتين :**

---

(١) د. أحمد أبو الوفا – المرفقات ص ١٢٥ ، د. محمد حامد فهمي – المرفقات ص ٣٦١ ، د. رمزى سيف – الوسيط ١١٢ .

(٢) د. محمد حامد فهمي – المرافعات ص ٣٦١ ، د. أمينة النمر – الوجيز ص ٢٤١ ط سنة ١٩٩٠م .

(٣) د. الشرقاوى – الوجيز ص ٢٩ ، د. الشرقاوى ، د. جميعى – شرح قانون المرافعات الجديد ص ٣٠ .

(٤) د. رمزى سيف – الوسيط ص ١١٢.

(٥) د. أحمد أبو الوفا – نظرية الدفوع ص ٨٠٤ .

الأولى : إذا كان الغرض من الدعوى الاحتياط لدفع ضرر محقق (الدعاوى الوقائية)

والأخرى : إذا كان الغرض منها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه (دعاوى الأدلة).[1]

ومن أمثلة دعاوى الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الدعاوى الوقائية :

١- **الدعاوى التقريرية** : وهى التى لا يقصد بها إلا مجرد التقرير بوجود الحق ، دون أن يكون الحكم فيها مشتملاً على إلزام المحكوم عليه بشيء يمكن استيفاؤه منه[2]. كدعوى براءة الذمة التى يرفعها المدين الذى يختلف مع دائنه حول انقضاء الدين بالوفاء أو التقادم أو غير ذلك من أسباب الانقضاء[3].

٢- **دعوى قطع النزاع** : وهى الدعوى التى يكلف فيها المدعى عليه بإقامة الدليل على ما يزعمه مخالفاً لحق المدعى ، حتى إذا عجز عن الإثبات ، يقضى عليه ببطلان ما يزعمه[4]. كأن يزعم شخص أنه دائن لآخر – خارج مجلس القضاء – ، فيرفع الآخر دعوى على الأول ، مطالباً إياه بإثبات حقه ، وإلا حكم بفساد زعمه ، وحرم من رفع دعوى به فيما بعد[5].

٣- **دعوى وقف الأعمال الجديدة** : وهى الدعوى التى يطالب فيها بالحكم بوقف الأعمال التى يقوم بها المدعى عليه ، ومنعه من الاستمرار فيها ، والتى تعتبر تعرضاً لحيازته فى حال اكتمالها . كما لو قام صاحب العقار بإقامة حائط فيه ، وكان من شأن هذا الحائط لو تم ، سد منافذ الضوء أو الهواء على حائز العقار المجاور ، فيقوم الأخير برفع دعوى على الأول ، لوقف بناء الحائط [6] .

٤- **دعوى المطالبة بالحقوق المستقبلة** : وهى الدعوى التى تستهدف الحصول على حكم بالإلزام بالدين قبل حلول أجل الوفاء به . وقد جرى القضاء على قبول هذه الدعاوى فى العقود المستمرة إذا قصر المدين فى الوفاء بما حل من التزامه ، على ألا ينفذ الحكم

---

[1] د. أحمد السيد صاوى – الوسيط ص ١٧٦ ، د. أحمد مسلم – أصول المرافعات ص ٣٢٠ ، د. أمينة النمر – الوجيز ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، د. عبد الحكم شرف ، د. السعيد الإزمازى – دراسات في قانون المرافعات ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ .

[2] د. عبد المنعم الشرقاوى ، د. عبد الباسط جميعى – شرح قانون المرافعات الجديد ص ٣٩ ، ٤٠ .

[3] المرجع السابق ص ٤٠ .

[4] د. محمد حامد فهمي – المرافعات ص ٣٦٤ .

[5] د. مصطفى كامل كيرة – قانون المرافعات الليبى ص ٢٦٢ ، د. عبد المنعم الشرقاوى – الوجيز ص ٣٢ ، ٣٣ ، د. الشرقاوى ، د. جميعى – شرح قانون المرافعات ص ٤٠ ، ٤١ ، د. أحمد أبو الوفا – المرافعات ص ١٢٦ ، ١٢٧ .

[6] د. أحمد أبو الوفا – المرافعات ص ١٢٨ ، د. رمزى سيف – الوسيط ص ١١٨ ، د. أمينة النمر – الوجيز ص ٢٣ .

بالنسبة لما لم يحل إلا بعد حلول الأجل . فالقضاء يبيح للمؤجر أن يطلب الحكم على المستأجر بما حل من أجرة ، وإلزامه بما يحل من الأجرة فى المستقبل ، وذلك لأن الضرر أصبح متوقع الحصول ، بدلالة الظروف المستفادة من تقصير المستأجر في الوفاء بما حل من الأجرة[١] .

٥- **الدعوى بطلب بطلان العقود الباطلة أو المتضمنة شروطًا باطلة** : كدعوى البائع للمطالبة ببطلان عقد البيع المؤجل بسبب الغلط ، قبل أن يطالبه المشترى فى الأجل المحدد بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع[٢] .

فقبول هذه الدعاوى وأمثالها ، هو ما يقتضيه حسن سير العدالة ، فمتى ثبت أن هناك خطراً قائماً حالاً يهدد الحق ، وينذر بحصول الاعتداء ، كان درء هذا الخطر واجباً ، وذلك إنما يتأتى عن طريق قبول الدعوى به ، وإصدار حكم فيها . فالغرض من الدعوى ليس فقط رفع العدوان وإزالة أثره ، وإنما هو أيضاً دفع الخطر المحدق وتجنب حدوثه[٣]

ومن أمثلة دعاوى الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله أو دعاوى الأدلة :

١- **دعوى إثبات الحالة** : ويقصد بها طلب تصوير حالة مادية يخشى ضياع معالمها إذا عرض النزاع على قاضى الموضوع ، واتبعت فى شأنه إجراءات التقاضي العادية[٤]. وذلك كأن يقوم شخص بإغراق أرض جاره أو مزروعاته بالمياه ، أو أن يترك المستأجر العين المؤجرة بعد إتلافها ، فيعمد صاحب الأرض أو المؤجر إلى رفع دعوى إثبات الحالة ، تمهيداً لإقامة دعوى تعويض ، حيث إنه لو انتظر حتى يرفع دعوى التعويض ، لأدى ذلك إلى جفاف الأرض وتغير معالمها ، وإلى فوات مصلحة المالك . فى الاستفادة من العين المؤجرة[٥] .

٢- **دعوى سماع الشاهد** : وهذه الدعوى ترفع إلى قاضى الأمور المستعجلة بالطرق المعتادة ، ويتحمل مصاريفها من يرفعها . **ويشترط لقبولها** :

---

[١] د .رمزى سيف – الوسيط ص ١١٩ ، د. نبيل عمر – أصول المرافعات ص ٤٨١ ، د. رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٣٣ .

[٢] د. أمينة النمر – الوجيز ص ٢٢ ، د. أحمد أبو الوفاء – المرافعات ص ١٢٧ .

[٣] د. عبد المنعم الشرقاوى ، د. عبد الباسط جميعى – شرح قانون المرافعات ص ٣٨ .

[٤] د. رمضان جمال كامل – شرح دعوى إثبات الحالة ص ٩ – مكتبة الألفى – المنيا سنة ١٩٩٦ ، وانظر : المادتين ١٣٣ ، ١٣٤ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م ، المادتين ١٨٧ ، ١٨٨ من قانون المرافعات ، حيث نصت هذه المواد على هذه الدعوى .

[٥] د . الشرقاوى ، د . جميعى – شرح قانون المرافعات ص ٣٢ ، د . رمزى سيف – الوسيط ص ١٢١ ، =

أ- أن يكون موضوع التحقيق مما يحتمل عرضه على القضاء فى المستقبل وليس معروضاً عليه وقت رفعها .

ب- أن تكون الواقعة مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود . ويرجع فى ذلك إلى القواعد العامة فى الإثبات[1] .

ج- أن يكون هناك استعجال . والاستعجال هنا هو خشية فوات فرصة الاستشهاد بالشاهد عند عرض النزاع على قاضى الموضوع ، كما لو كان الشاهد مريضاً مرضاً خطيراً ، أو مجنداً فى حرب ، أو مقبلاً على سفر لمدة طويلة أو غير ذلك . على أن تكون الكلمة النهائية فى كل ذلك لمحكمة الموضوع فيما بعد .

فإذا توافرت هذه الشروط ، حكم قاضى الأمور الوقتية بسماع الشاهد بعد حلف اليمين وتثبت شهادته فى محضر تحقيق ، إلى أن يقوم النزاع الموضوعي . وعندئذ لا يجوز تسليم صورة من المحضر ، ولا تقديمه إلى القضاء ، إلا إذا رأت محكمة الموضوع عند نظره جواز إثبات الواقعة بشهادة الشهود . ويكون للخصم الاعتراض أمامها على قبول هذا الدليل ، كما يكون له طلب سماع شهود نفي لمصلحته وفقاً للمادة ٩٧ من قانون الإثبات[2] .

٣- **دعوى تحقيق الخطوط الأصلية** : وصورتها أن يكون بيد شخص ورقة غير رسمية مثبتة لحق لم يحل أجله بعد ، فيرفع من بيده الورقة دعوى أمام المحكمة ، مطالباً فيها المدعى عليه بالإقرار بصحة هذه الورقة ، أى بأنه كتبها بخطه ، أو وقع عليها بإمضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه ، ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالإجراءات المعتادة

= د . نبيل عمر – أصول المرافعات ص ٤٨٢ ، د . رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٣٥ ، د . حامد أبو طالب – محاضرات فى قانون المرافعات ٢١٢/٢ .

[1] أى ان تخضع فى أحكامها للمواد : ٦٠ ، ٦١ ، ٦٢ ، ٦١ من قانون الإثبات . د . عبد الرزاق السنهورى – الوسيط ٢ / ٤٨٩ وما بعدها – دار النهضة العربية سنة ١٩٨٢ م ، أستاذنا الدكتور / رأفت حماد – شرح قانون الإثبات ص ٥٧ وما بعدها ، د . سمير تناغو – النظرية العامة فى الإثبات ص ١٢ وما بعدها ط سنة ١٩٩٩ .

[2] د . أحمد السيد صاوى – الوسيط ص ١٨٤ ، د . رمزى سيف – الوسيط ص ١٢٢ ، د . نبيل عمر – أصول المرافعات ص ٤٨٣ ، د . رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٣٧ .

وعلى ذلك نصت المادتان ٢٢٧ مرافعات ، ٤٥ إثبات[١] .

ويقتصر دور القاضي في هذه الدعوى على التحقق من صحة التوقيع الموقع به على الورقــة[٢] ، دون أن يبحــث ماهية التصرف المدون بها من جهة صحته أو بطلانه ، أو نفــاذه أو توقفــه وتقرير الحقوق المترتبة عليه ، فالحكم الصادر فيها لا ينصب إلا على التوقيع ، فهي وسيلة لاعتبار التوقيع على العقد مصدقاً عليه ، تمهيداً لتسجيله[٣] .

وتقضي المحكمة في هذه الدعوى بصحة المحرر إذا حضر المدعى عليه وأقر بصـــحة توقـــيعه علـــى الورقة ، أو حضر وسكت ، أو لم ينكر توقيعه أو ينسبه لغيره ، وكذلـــك لـــو غـــاب عن الجلسة رغم إعلانه إعلاناً قانونياً صحيحاً ، لأنه لا يعد في هذه الحالات منكراً ، وشرط صحة المحرر هو عدم الإنكار . أما إذا أنكر المدعى عليه صحة المحـــرر أو أنكر توقيعه ، فإن المحكمة تأمر بالتحقيق طبقاً للقواعد المنصوص عليها في قانون الإثبات. وعلى ذلك نصت المواد : ٢٧٧، ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٢٨٠ مرافعات ، ٤٦ ، ٤٧ ، ٤٨ إثبات[٤].

٤-**دعوى التزوير الأصلية :وصورتها** : أن يعلم شخص أن بيد آخر ورقة مزورة ، ســـواء أكانـــت رسمية أم عرفية (على فرض صحتها) ويخشى الاحتجاج عليه بهذه الورقة فيرفع دعوى أصليه على من بيده هذه الورقة ، ومن يستفيد منها بالطرق المعتادة ، يطلـــب فيها الحكم بتزوير الورقة ، وعليه أن يثبت ذلك ، فإن استطاع إثبات تزويرها وحكم له بذلك ، فلا يجوز الاحتجاج بهذه الورقة في المستقبل كدليل للإثبات. وعلى ذلك نصـــت المـــادة ٢٩١ من قانون المرافعات الملغى لسنة ١٩٤٩ ، والمادة ٥٩ من قانون الإثبات[٥].

والشرط الوحيد لقبول هذه الدعوى هو ألا يكون قد حصل فعلاً الاحتجاج

---

[١] د . محمـــد حـــامد فهمي – المرافعات ص ٣٦٥ د . أحمد مسلم – أصول المرافعات ص ٣٢٢ ، د . رمزي سيف – الوسيط ص ١٢٣ .

[٢] رمضان جمال كامل – شروط قبول لدعوى ص ٣٧ ، ٣٨ .

[٣] نقض ٣٠/١١/١٩٨٨ – الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٥٧ ق .

[٤] د. أحمـــد الســـيد صـــاوي – الوسيط ص ١٨٥ ، د. أحمد مسلم – أصول المرافعات ص ٣٢٣ ، د. رمزي سيف – الوسيط ص ١٢٣ ، ١٢٤ ، د. رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٣٨ ، د. سمير تناغو – النظرية العامة في الإثبات ص ٢١٠ وما بعدها .

[٥] د. الشرقاوي – الوجيز ص ٣٦ ، د. رمزي سيف – الوسيط ص ١٢٤ .

بالورقـــة المدعـــى بتزويرها في نزاع قائم أمام القضاء. ففي هذه الحالة يلجأ المدعى إلى دعوى التزوير الفرعية[١] .

الوصف الثالث: المصلحة الشخصية والمباشرة :

ويقصد بالمصلحة الشخصية والمباشرة : أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانونى المراد حمايته ، أو من ينوب عنه ، كالوصى بالنسبة للقاصر ، والوكيل بالنسبة للموكل[٢].

فصـــاحب الحـــق الذى وقع الاعتداء عليه أومن يمثله ، هو وحده صاحب المصلحة فى الالتجاء إلى القضاء ، فإن رفعت الدعوى من غيره ، فإنها لا تقبل.

وإذا كانت هذه هى القاعدة ، فإن القانون قد أجاز أن ترفع الدعوى ممن ليست لهم مصلحة شخصية ومباشرة – على سبيل الاستثناء – وفيما يلى موجز بهذه الدعاوى :

١- الدعوى غير المباشرة :

أجاز القانون للدائن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوقه ، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة ، أو غير قابل للحجز (م ٢٣٥ مدنى .)

ومن الحقوق التى يجوز له استعمالها رفع دعوى على مدين مدينه للمطالبة بدين المديـــن . ويعتبر رافع الدعوى وهو دائن المدين – نائباً عن المدين فى مقاضاته مدينه ، ومصـــدر النيابة هو القانون[٣]. والنيابة هنا مفروضة لا لمصلحة المدين ، وإنما لمصلحة الدائن ؛ لأن الحقوق التى يستعملها الدائن هى من أموال المدين ، واستعمال الدائن لها إنما هو للمحافظة على ضمانه العام ، فالمقنن قد اعتبر مصلحة الدائن فى هذه الحالة شخصية ومباشرة[٤].

ولكن لا يقبل استعمال الدائن لحقوق مدينه ، إلا إذا أثبت أن مدينه لم يستعمل

---

[١] د. رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٣٩ ، د. سمير تناغو – النظرية العامة فى الإثبات ص ٢٠٣ ، نقض ١٩/ ١٢ / ١٩٨٥ – طعن رقم ٤٩٧ لسنة ٥٢ ق .

[٢] د. أحمد السيد صاوى – الوسيط ص ١٦٩ ، د. أحمد أبو الوفا – المرافعات ص ١٢٢ .

[٣] د. حامد أبو طالب – محاضرات فى قانون المرافعات ٢١٩/٢ ، د. رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٥٢ .

[٤] د. أحمد أبو الوفا – المرافعات ص ١٢٤ ، د. محمد حامد فهمى – المرافعات ص ٣٦٠ ، ٣٦١ ، د. أحمد مسلم – أصول المرافعات ص ٣٢٩ ، ٣٣٠ .

هذه الحقوق ، وأن عدم استعماله من شأنه أن يسبب إعساره ، أو يزيد في هذا الإعسار . ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ، ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى وفقا لنص المادة (٢٣٥ / ٢) مدني[١].

٢- دعاوى النقابات والجمعيات :

يقصد بهذه الدعاوى : الدعاوى التى ترفعها النقابات والجمعيات للدفاع عن المصالح المشتركة للمهنة التى أنشئت النقابة أو الجمعية لحمايتها[٢]. وذلك كالدعاوى التى ترفعها نقابة المحامين أو الأطباء أو المأذونين للمطالبة بوقف عرض أفلام تسخر من هذه المهن وممن ينتمون إليها ، أو للمطالبة بوقف أشخاص يمارسون هذه المهن دون أن تتوافر فيهم الشروط اللازمة لممارستها[٣].

ولقد أعطى المقنن المصرى للنقابات الحق فى رفع هذه الدعاوى منذ سنة ١٩٤٢ حين نص في المادة (١٦) من القانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٤٢ الخاص بنقابات العمال على أن لهذه النقابات حق " الادعاء بالحقوق المدنية المترتبة على الجرائم التى تلحق ضرراً بالمصالح المشتركة بأرباب المهن التى تمثلها "[٤].

أما بالنسبة للجمعيات فلا يوجد مثل هذا النص فى التقنين القائم ، مما أدى إلى تردد القضاء فى الاعتراف للجمعيات بصفة فى الدعوى دفاعاً عن المصلحة المشتركة لأعضائها ، أو الهدف الذى تستهدفه ، وذلك لأن الاعتراف للجمعيات بالصفة فى هذه الدعاوى ، يعنى الاعتراف لها بالصفة فى الدفاع عن المصالح العامة ، الأمر الذى يمس سلطة النيابة العامة[٥].

إلا أن الفقه الحديث قد انتقد -بحق -هذا القول ، لأن حرمان الجمعيات من الحق فى الدعوى دفاعاً عن المصلحة المشتركة يؤدى إلى عدم تمكين الجمعيات من تحقيق أهدافها ، وما دام القانون يعترف للجمعية برعاية مصلحة معينة ، فيجب أن يكون لها حق حماية ....

---

(١) تعليق المستشار الدناصورى ، أ. عكاز / ٢٩ ، ٣٠ .

(٢) د. رمزى سيف – الوسيط ص ١٠٧ .

(٣) د.أحمد مسلم – أصول المرافعات ص ٣٢٢ ، د حامد أبو طالب – محاضرات في قانون المرافعات ٢/٢٢٠ ، ٢٢١ .

(٤) د. رمزى سيف – الوسيط ص ١٠٩ ، د. فتحي والى – الوسيط ص ٦٠ .

(٥) د. رمزى سيف – الوسيط ص ١١٠ ، د. فتحي والى – الوسيط ٦٢ ، د. الشرقاوى ، د. جميعى – شرح قانون المرافعات ص ٥٨ ، ٥٩ .

هذه المصلحة بواسطة القضاء[(١)].

وقد استجاب القضاء لهذا النقد ، فقضت محكمة القضاء الإدارى ، بأن الاتحاد النسائى جمعية تقوم على الدفاع عن حقوق المرأة الاجتماعية والسياسية ، فإذا كان القرار المطعون فيه قد استند فى ترك تعيين المدعية فى الوظائف الفنية لمجلس الدولة على عدم ملاءمة الوظيفة لأنوثتها ، فإن للاتحاد النسائى الحق فى التدخل ، دفاعاً عن مبادئه ، وقياماً على أداء رسالته[(٢)].

٣- دعاوى الحسبة :

وهى الدعاوى التى يرفعها أى فرد ، دفاعاً عن حق من حقوق الله تعالى ، أو عن حق مشترك بين الله تعالى والعبد ، ولكن حق الله تعالى فيه غالب . وذلك كالدعوى بإثبات الطلاق البائن ، أو بالتفريق بين زوجين زواجهما فاسد ، أو بسبب ردة أحدهما برجوعه عن الإسلام ، والدعوى بتعيين قيم أو عزل ناظر على وقف للفقراء[(٣)].

وأصل هذه الدعوى مستمد من الشريعة الإسلامية ، التى تبيح رفعها من أى فرد من أفراد الأمة ، بقصد إزالة منكر قائم ، على أنه لا يعمل بها فى القانون المصرى إلا فى مسائل الأحوال الشخصية ، الخاضعة لحكم الشريعة الإسلامية .

أما ماعدا ذلك مما تقتضى المصلحة العامة رفع دعوى بشأنه ، فتتولى إقامة هذه الدعوى – فى الحدود التى بينها القانون – النيابة العامة[(٤)].

وقد ظل الوضع على هذا الحال ، إلى أن أصدر المقنن المصرى ، القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦م ونظم فيه دعوى الحسبة ، وجعل رفعها من اختصاص النيابة العامة وحدها دون غيرها ، وأوجب على من يطلب رفع الدعوى ، أن يتقدم ببلاغ إلى النيابة

---

(١) د. رمزى سيف – الوسيط ص ١١٠ ، د. فتحى والى – الوسيط ص ٦٢ ، د. أحمد مسلم – أصول المرافعات ص ٣٢٢ ، المستشار الدناصورى ، والأستاذ عكاز – التعليق على قانون المرافعات ص ٢٩ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٥٢/٢٠ (مجموعة أحكام القضاء الإدارى سنة ٦ ص ٤٨٤) أشار إليه د. الشرقاوى ، د. جميعى فى شرحهما / ٥٩ هامش (٢) ، د. أحمد السيد صاوى فى وسيطه ص ١٨٨ ، المستشار الدناصورى وأ. عكاز فى تعليقهما ص ٢٩ . كما قبلت المحكمة المذكورة دعاوى رفعت من اتحاد علماء المساجد (فى ١٩٥١/١/٢٤ – المجموعة سنة ٥ ص ٤٧١) من اتحاد خدم المساجد (فى ٥٢/٢/٧ – المجموعة سنة ٦ ص ٤٣٥) ،ومن رابطة خريجى الزراعة المتوسطة (فى ٥١/٤/٢٤ – المجموعة سنة ٥ ص ٨٩٦) راجع : شرح د. الشرقاوى ، د. جميعى ص ٥٩ هامش (٢) .

(٣) د. أحمد السيد صاوى – الوسيط ص ١٧١ ، ١٧٢ .

(٤) [illegible]

العامــة المختصــة يبيــن فــيه موضــوع طلبه ، والأسباب التى يستند إليها ، مشفوعة بالمستندات التى تؤيده ، وأوجب على النيابة العامة أن تجرى التحقيقات اللازمة ، ثم تقرر مــا تــراه من رفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية المختصة ، أو حفظ البلاغ ، على أن يكون قرارها مسبباً وصادراً من محام عام ، ثم تقوم بإعلان هذا القرار إلى ذوى الشأن ، خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره .

كمــا نظــم القانون طريق التظلم من قرار النيابة العامة ، وذلك بتقديم التظلم إلى النائــب العــام خــلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره . وللنائب العام الحق فى إلغاء هذا القــرار واســتكمال التحقيقات ، والتصرف فيها إما برفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية المختصة ، وإما بحفظ البلاغ . وقراره فى هذا الشأن نهائى وغير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن .

وإذا قــررت النــيابة رفع الدعوى ، تكون هى المدعية وحدها فيها ، وليس لأى شخص ، ولو مقدم البلاغ ، التدخل فى الدعوى أو الطعن فى الحكم الصادر فيها .

وأوجب القانون على المحكمة أن تنظر الدعوى فى أول جلسة بحضور ممثل النيابة العامة ولــو لــم يحضر المدعى عليه فيها ، غير أنه يتعين على المحكمة أن تتحقق من إعلان المدعى عليه ، وإلا أجلت الدعوى لإعلانه[١].

٤- دعاوى النيابة العامة :

خــول القــانون النــيابة العامة سلطة رفع الدعوى ، دفاعاً عن المصلحة العامة للمجتمع ، ولذا فإنها صاحبة السلطة فى رفع الدعوى الجنائية[٢].

أما بالنسبة للدعاوى المدنية ، فلا يجوز للنيابة رفعها دفاعاً عن المصلحة العامة ، إلا فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة (٨٧) مرافعات[٣].

ومــن هــذه الأحوال : ما نصت عليه المادة (٦٦) مدنى من أن، لها رفع الدعوى بطلــب حل جمعية من الجمعيات . ومنها ما نصت عليه المادة (٨٩) مرافعات من أنه " فيما عدا الدعاوى المستعجلة **يجوز للنيابة العامة أن تتدخل فى الحالات الآتية:**

أ- الدعاوى الخاصة بعديمي الأهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين .

---

(١) د. رمضان جمال كامل – شروط قبول الدعوى ص ٦١ ، ٦٢ .

(٢) د. سامح السيد جاد – الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى ص ٢٩ ط دار الاتحاد العربي سنة ١٤٠٩هـ ١٩٨٩م

(٣) ونصها " للنيابة العامة رفع الدعوى فى الحالات التى ينص عليها القانون ، ويكون لها فى هذه الحالات ما للخصوم من حقوق ".

ب- الدعاوى المتعلقة بالأوقاف الخيرية والهبات والوصايا المرصدة للبر .

ج- عدم الاختصاص لانتفاء ولاية جهة القضاء .

د- الصلح الواقى من الإفلاس .

ه- الدعاوى التى ترى النيابة العامة التدخل فيها لتعلقها بالنظام العام والآداب .

و- كل حالة أخرى ينص القانون على جواز تدخلها فيها " .

كمـــا أن لهـــا أن ترفع الدعوى بطلب شهر إفلاس التاجر (م ١٩٦) تجارى .
وأيضاً لها أن تطعن فى الحكم فى الأحوال التى يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها ، إذا خـــالف الحكـــم قـــاعدة من قواعد النظام العام ، أو إذا نص القانون على ذلك (م ٩٦) مرافعات[1].

وواضــح أن المصلحة فى هذه الدعاوى ليست شخصية للنيابة ، فهى استثناء محقق من شرط المصلحة الشخصية لقبول الدعوى ، ولكن لا يمكن القول بأنها مرفوعة من غير ذى صفة كذلك ، فالصفة متوافرة بحكم القانون[2] .

مدى اشتراط توافر المصلحة حتى الفصل فى الدعوى

ثـــار خلاف فى الفقه والقضاء حول مدى ضرورة توافر شرط المصلحة منذ رفع الدعوى وحتى الفصل فيها :

فذهب رأى فــى الفقــه إلــى أنه يكفى تحقق المصلحة وقت رفع الدعوى ، أما زوالهـــا بعـــد ذلك فلا يؤدى إلى عدم قبولها ، وإنما على المحكمة أن تبحث الدعوى فى ضوء الوضع الجديد الذى قد يتصل بصميم الموضوع ؛ وذلك لأنه ما دامت شروط قبول الدعـــوى قد توافرت وقت رفعها ، فلا يصح أن يضار المدعى من بطء التقاضى أو من مشاكسة خصمه التى قد تؤدى إلى إطالة أمد التقاضى[3] .

وذهب رأى آخر إلـــى ضرورة توافر المصلحة فى بداية رفع الدعوى وحتى صدور حكم فيها ، فإذا زالت المصلحة بعد إقامة الدعوى ، فإنه يجب الحكم بعدم قبولها ، ومـــثال ذلـــك : دعوى الطرد التى يقيمها المؤجر ، لعدم دفع الأجرة ، فإذا قام المستأجر

---

(١) د. ســـامح جاد – الإجراءات الجنائية ص ٣٤ ، ٣٥ ، د . رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٦٠ ، المستشار الدناصورى والأستاذ عكاز – التعليق على قانون المرافعات ٥١١/١ ، د . رمزى سيف – الوسيط ص ١١١ .

(٢) د . أحمد مسلم – أصول المرافعات ص ٣٣١ ، د . الشرقاوى – الوجيز ص ٣٩ ، ٤٠ .

(٣) د. أحمد أبو الوفا – المرافعات ص ١٣٣ ، المستشار الدناصورى والأستاذ عكاز – التعليق على قانون المرافعات ١/ ٢٦ ، ٣٥ .

بإيداع الأجرة خزينة المحكمة ، فإنه يجب الحكم بعدم قبول الدعوى ، وذلك لأن المصلحة شرط مستمر ، يجب أن يظل قائماً إلى وقت صدور الحكم فى الدعوى ، تمشياً مع وظيفة القضاء ، حتى تمنح الحماية القانونية لمن هم فى حاجة إليها[1] .

أما محكمة النقض : فقد أخذت بالرأى الأول ، فأصدرت عدة أحكام قضت فيها بأنـــه يكفـــى تحقق المصلحة وقت رفع الدعوى أو الطعن ، ولا يحول دون قبولها زوال المصلحة بعد ذلك[2] .

إلا أنها تحولت إلى عكس ذلك فى حكم حديث لها ، فاشترطت تحقق المصلحة فى الطعـــن حتى صدور الحكم ، ورتبت على زوال المصلحة قبل ذلك ، عدم قبول الطعن ، فقالـــت : " إنه ولئن كان الأصل هو توافر المصلحة وقت رفع الطعن كشرط لقبوله ، إلا انه يتعين أن تظل المصلحة قائمة حتى الفصل فيه ، فإذا انتفت قبل صدوره ، فإنه يكون غير مقبول[3] " .

والواقـــع – وخاصة بعد تعديل المادة الثالثة من قانون المرافعات ، بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ ، واعتبار شرط المصلحة من النظام العام – : أنه يترجح الاتجاه الثانى الذى أيدته محكمة النقض فى حكمها الحديث ، ذلك أن مؤدى اعتبار المصلحة من النظام العام يقتضى أن تظل المصلحة قائمة فى الدعوى أو الطعن حتى صدور الحكم[4] . ولأنه مـــن العبث أن يشغل القضاء وقته وجهده فى قضايا لا تضيف جديداً إلى المدعى ، ففى القـــول بعـــدم اشتراط المصلحة حتى الفصل فى الدعوى ، عود على شرط المصلحة من أساســـه بالنقض . وإلا فما الفرق بين من ليست له مصلحة فى رفع الدعوى ، ومن كانت له مصلحة فى رفعها ثم زالت هذه المصلحة أثناء نظرها ؟ ثم ما هو الضرر الذى سيلحق بالمدعى إن حكم بعدم قبول دعواه التى زالت مصلحته فيها بعد رفعها ، والذى كان أساساً **للراى الأول ؟أليس قد تحققت مصلحته وحصل على حقه ؟**

---

[1] د . عبد المنعم الشرقاوى – نظرية المصلحة ص ٣٧٤ ، أ . أحمد مليجى – التعليق على قانون المرافعات ص ٨١ ، د. أمينة النمر – الوجيز ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، د . رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٤٣ ، ٤٦ .

[2] نقض ١٩٨٥/٢/٤ طعن رقم ١٥٩٨ لسنة ٤٩ ق ، نقض ١٩٨٨/٤/٢٧ طعن رقم ١٠٨ لسنة ٥١ق ، ١/١٥/ ١٩٧٣ لسنة ٢٤ ق – العدد الأول ص ١٠٨ ، مشار إليها فى تعليق الدناصورى وعكاز ٣٥/١ ، ٣٧ ، ٣٨ .

[3] نقض ٢٦ /١ طعن رقم ١٦٤ لسنة ٥١ ق مشار إلية فى المرجع السابق ٣٥/١ .

[4] د .رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٤٦ .

هذا وقد أخذت المحكمة الدستورية العليا بهذا الاتجاه ، فاشترطت ضرورة توافر المصلحة فى الدعوى حتى صدور حكم فيها[١] .

إلا أن هذا المسلك من المحكمة الدستورية العليا كان – بحق – عرضة للنقد ، نظراً لطبيعة الدعوى الدستورية ، وما تثيره من شك فى دستورية القانون المطعون بعدم دستوريته ، ومن ثم تتطلب المصلحة العامة استمرار نظر المحكمة الدستورية فى الدعوى لحسم مسألة دستورية القانون ، حتى ولو انتفت المصلحة الخاصة للأفراد أثناء سير الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا . ثم إن قانون هذه المحكمة لم يستلزم ضرورة تطبيق قواعد المرافعات دائماً ، بل تحفظ على ذلك بضرورة مراعاة طبيعة اختصاص المحكمة الدستورية العليا ، فقد نصت المادة (٢٨) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ الخاص بالمحكمة الدستورية العليا ، على أنه فيما عدا ما نص عليه فى هذا الفصل ، تسرى على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات التى تقدم إلى المحكمة الأحكام المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها[٢] .

الحكم لو لم تتوافر المصلحة وقت رفع الدعوى ، ثم توافرت وقت الفصل فيها :

إذا لم تكن للمدعى مصلحة وقت رفع الدعوى ، ثم توافرت وقت الفصل فيها ، تكون الدعوى مقبولة وتنظرها المحكمة وتفصل فيها ، ومثال ذلك : أن يقيم الغير إشكالاً فى التنفيذ قبل أن يبدأ ، ثم يكون الحجز قد وقع على أمواله عند نظر الإشكال .

ففى هذه الحالة يكون فى القول بعدم قبول الدعوى لعدم توافر شرط المصلحة للمدعى عند رفعها إضرار بالخصم ، وتناقض مع الواقع وحقيقة الأمر ، لأن المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة ، بينما هى متوافرة[٣] .

الشرط الثانى : الصفة فى الدعوى :

يقصد بالصفة : ما للشخص من شأن فى الدعوى ، يجيز له المخاصمة عن موضوعها أو إبداء دفاع فيها[٤] .

---

(١) دستورية عليا ١٩٩٣/٥/١٥ – الطعن رقم ٧ لسنة ٨ ق ، ١٩٩٣/٦/١٩ – الطعن رقم ١٠ لسنة ١٤ق .

(٢) أ . أحمد مليجى – التعليق على قانون المرافعات ص ٨٢ ، د. رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٤٥ .

(٣) د .أمينة النمر – الوجيز ص ٢٣٥ ط ١٩٩٠ .

(٤) أ . محمد العشماوى ، د. عبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات ص ٥٨٠ .

أو بعبارة أخرى : نسبة الدعوى إيجاباً لصاحب الحق فى الدعوى وسلباً لمن يوجد الحق أو المركز القانونى فى مواجهته[١].

ولقد اتفق علماء المرافعات على اشتراط الصفة[٢]، وإن كان بعضهم يرى أن هذا الشرط ليس إلا تكراراً لشرط المصلحة الشخصية المباشرة[٣].

إلا أن هـذا رأى ضـعيف ، فـإن شـرط الصفة أعم من شرط المصلحة الشخصية المباشرة ، لما يلى :

١- أن شرط الصفة ذو شقين : الأول وجوب تحققه فى المدعى . والثانى : وجوب تحققه فى المدعى عليه[٤]. أما شرط المصلحة الشخصية والمباشرة فهو شرط فى المدعى فقط ، ولا يعقل اشتراطه فى المدعى عليه .

٢- بل إن المصلحة الشخصية المباشرة ، هى فى الواقع إحدى الحالات التى يتحقق فـيها شـرط الصفة ؛ لأن معنى شرط الصفة - كما عرفنا- أن يكون للمدعى شأن فى الدعوى يجيز له المخاصمة عن موضوعها أو إبداء دفاع فيها[٥]. ومن الحالات التى يكون له فيها شأن : أن يكون مدعياً الحق لنفسه . ومنها أيضاً: أن يدعى الحق لمن ينوب عنه . ومـنها : الحـالات التى حددها القانون وأجاز فيها رفع الدعوى ممن ليست لهم مصلحة شخصية مباشرة فيها - على سبيل الاستثناء[٦].

---

[١] د. فتحي والى - الوسيط ص ٥٨ ، د .نبيل عمر - أصول المرافعات ص ٤٦٢ .

[٢] د. أحمد مسلم - أصول المرافعات ص ٣٢٩ ، د. محمد نعيم ياسين - نظرية الدعوى ٢٨٠/١ .

[٣] د. الشـرقاوى - الوجيز ص ٣٧ ، د. أحمد أبو الوفا - المرافعات ص ١٢٢ ، د. رمزى سيف - الوسيط ص ١٠٤ ، د. فـتحى والى - قـانون القضاء المدنى ص ٤٦ ، د. أحمد السيد صاوى - الوسيط ص ٩٤٣ ، د. محمد حامد فهمى - المرافعات ص ٣٦٧ .

[٤] وهذا ما عليه جمهور الفقه وما أخذ به القضاء ، حيث قالوا بضرورة توافر شرط الصفة فى المدعى عليه كالمدعى . (د. فـتحى والى - الوسـيط ص ٥٨ ، قانون القضاء المدنى الكويتى ص ٤٦، د. أحمد أبو الوفا - نظرية الدفوع ص ٨٠٩ ، ٨١٠ ، أصول المحاكمات المدنية ص ١٤٠ ، ١٤١ ، أ. محمد العشماوى ، د. عبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات ص ٥٨٠ ، د. رمضان جمال - شروط قبول الدعوى ص ٤٨ ، نقض ١٩٨٧/١/٤ طعن رقم ٥٦٤ لسنة ٥٣ ق .
بينما ذهب رأى آخر إلى أنه لا يلزم توافر الصفة فى المدعى عليه لقبول الدعوى ، وإنما هو لازم فقط للحكم فيها . (د. عبد الباسط جميعى - مبادئ المرافعات ص ٢٤٠ ، د. أمينة النمر - الوجيز ص ٢٥٢)

[٥] أ. محمد العشماوى ، د. عبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات ص ٥٨٠ .

[٦] السابق بيانها فى ص ١٠٣ وما بعدها .

فكل هذه الحالات يعتبر فيها المدعى ذا صفة ، وليس له فى بعضها أية مصلحة شخصية. صـــحيح إن الحالة التى يكون فيها لرافع الدعوى مصلحة شخصية هى أكثر الحالات فى الواقع العملى ، ولكن هذا لا يمنع أن هنالك حالات أخرى تحقق فيها الصفة[١].

التمييز بين الصفة فى الدعوى وبين التمثيل القانونى :

تخـتلف الصـــفة فى الدعوى عن الصفة الإجرائية ، أو ما يسمى بالتمثيل القانونى ، الذى يعنى قيام شخص بتمثيل صاحب الصفة الأصلى بالإجراءات القضائية ، وذلك مثل النائـــب الذى يحل محل صاحب الصفة الأصلى ، سواء كانت النيابة قانونية أم قضائية أم اتفاقية[٢] .

فالصـفة فـى الدعـوى : تعـد شـرطاً لقيام الحق فيها ، ويقصد بها سلطة مباشرة الدعـــوى ، وهى لا تثبت إلا لمن يدعى لنفسه حقاً أو مركزاً قانونياً ، ضد من يدعى أنه اعـــتدى علـــى هـــذا الحـــق أو هدده بالاعتداء عليه ، وهذه الصفة تتوافر لمن تثبت له الشخصية القانونية ، طبيعياً كان أم اعتباريا[٣] .

فالشخص الطبيعي تثبــت له الصـــفة فـــي الدعوى حتى ولو كان ناقص الأهلية، وأقيمـــت الدعـــوى باسمه بواسطة ممثله القانوني ، كالولى والوصى والقيم . **والشخص الاعتباري** أيضاً تثبت له الصفة فى الدعوى ، وتقام دعاواه بواسطة الممثل القانونى له ، كصـــاحب المنشأة ، ورئيس مجلس الإدارة ، ومدير الشركة ، والوزير فيما يتعلق بشئون وزارته[٤].

أما الصـفة في التقاضي أو الصفة الإجرائية : فهى عبارة عن الصلاحية لمباشرة الدعـــوى واتخاذ إجراءات الخصومة . وهذه الصفة لا تثبت إلا للشخص الطبيعى ، كامل الأهلـــية الإجرائية ، فلا يصح أن يستكمل إجراء من إجراءات الخصومة ممن لم يستكمل أهليته . وهذه الصفة تثبت إما لصاحب الحق نفسه إن كان أهلاً لذلك ، وإما لمن يمثله إن لم يكن أهلاً ، ....

---

(١) د. محمد نعيم ياسين – نظرية الدعوى ١/٣٤٠ ، ٣٤١ .

(٢) د .نبيل عمر – أصول المرافعات ص ٤٧٤ .

(٣) د.أمينة النمر – الوجيز ص ٢٥٠ ، د. عبد الحكم شرف ، د. السعيد الأزمازى دراسات فى قانون المرافعات ص٣١٤

(٤) د. أمينة النمر – الوجيز ص ٢٥٠ .

أو كان هناك من يمثله في الدعوى[١].

وعلى ذلك فأصحاب الصفة فى الدعوى ، هم أطراف الدعوى . أما أصحاب الصفة الإجرائية ، فهم أطراف الخصومة فحسب ، دون أن يكونوا أطرافاً في الدعوى[٢].

آثار التمييز بين الصفة فى الدعوى والصفة الإجرائية :

تترتب على التمييز بين الصفة فى الدعوى والصفة الإجرائية النتائج التالية :

١- أن وسيلة التمسك بعدم توافر الصفة في الدعوى هى الدفع بعدم القبول ، أما وسيلة التمسك بعدم توافر الصفة الإجرائية ، فهى التمسك ببطلان الإجراءات عن طريق الدعوى أو الدفع .

٢- يؤدى تخلف الصفة في الدعوى إلى الحكم بعدم قبولها ، بينما يؤدى تخلف الصفة الإجرائية للممثل القانوني أثناء سير الخصومة إلى انقطاعها[٣].

وإذا كان هذا هو رأى الفقه ، فإن قضاء النقض المصري ، يرى أن الممثل القانوني هو صاحب الصفة في الدعوى ، وبالتالي . فرفع الدعوى على الوصي بعد بلوغ القاصر سن الرشد ، يؤدى إلى الحكم بعدم قبول الدعوى ، وليس ببطلانها[٤]

والواقع : أن هذا القضاء قد استهدف للنقد ؛ لأن الممثل ليس طرفاً فى الدعوى ؛ لأنــه فاقد لشرط الصفة الموضوعية ، دليل ذلك أن آثار الحكم الصادر فى الدعوى لا تنصـــرف إليه ، بل تنصرف إلى شخص الأصيل صاحب الصفة فى الدعوى .ومن جهة أخـــرى ، فهـــذا الممثل لا يدعى لنفسه حقاً أو مركزاً موضوعياً يريد حمايته ، وبالتالي

---

[١] د. عبد الحكم شرف ، د. الإزمازى – دراسات في قانون المرافعات ص ٣١٤ .

[٢] د. رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٥٥ .

[٣] مع مراعاة ما قضت به المادة (١٣٠ /٢) مرافعات من أن انتهاء وكالة المحامى عن أحد الخصوم أثناء سير الخصومة ، لا يؤدى إلى انقطاعها ، وإنمايجوز للمحكمة أن تمنح أجلاً مناسباً للخصم الذي توفى وكيله أو عزل أو انقضت وكالته، إذا كان الأصيل قد بادر فعين وكيلاً جديداً خلال خمسة عشر يوماً من انقضاء الوكالة الأولى.(د. عبد الباسط جميعى- مبادئ المرافعات ص ٢٣٩ ، د.نبيل عمر- أصول المرافعات ص ٤٧٤، ٤٧٥ ، د.فتحي والى – الوسيط ص ٦٤، د.عبد الحكم شرف، الإزمازى – دراسات في القانون المرافعات ص ٣١٤ د.رمضان جمال –شروط قبول الدعوى ص ٥٦)

[٤] نقـــض مدني ١٩٦٣/١/٥ – المجموعة الرسمية س ٦٠ ص ٥٢٧ ، نقض مدني ١٩٦٩/٤/١٠ مجموعة النقض س ٢٠ ص ٥٨٨ ، نقـــض مـــدني ١٩٧٠/١/١٥ – مجموعة النقض س ٢١ ص ١٠١ ، نقض مدني ١٩٧٨/١/١٨ – مجموعة النقض س ٢٨ طعن ٤٠٤ .

فـــالحكم بعـــدم قبول دعواه إذا رفعت الدعوى منه أو عليه غير صحيح . والصحيح هو الحكم ببطلان الدعوى ، لعدم وجود ذات الحق فيها[١].

٣- الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعي أو المدعى عليه ، دفع موضوعي يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى ، ويجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض ، بعد أن أصبح متعلقاً بالنظام العام بعد تعديل المادة الثالثة مرافعات .

أمـــا الدفع ببطلان الإجراءات لانعدام الصفة الإجرائية ، فهو دفع شكلي يتعين إبداؤه قبل التعرض للموضوع ، وقبل إبداء أي دفع بعدم القبول ، وإلا سقط الحق فيه[٢].

الصفة والتعدد الإجباري :

إذا كـان الحق متعدد الأطراف ، بأن كان هناك أكثر من طرف إيجابي أو سلبي . فهنا تثور مشكلة من له صفة في الدعوى ؟ هل جميع الأطراف ، أم يكفي طرف واحد منهم ؟

في الغالب يقوم المقنن بوضع الحلول المناسبة لهذه الحالة . مثال ذلك ، ما نصت عليه المادة (٢٨١) مدني من إعطاء الحق للدائنين المتضامنين في مطالبة المدين بالوفاء ، مجتمعيـــن أو منفردين . أي أنه يكون لأي منهم صفة في رفع الدعوى بمطالبة المدين بالوفاء.

أمـــا إذا لم ينص القانون على حل لهذه المشكلة ، فإن الفقه يقرر ضرورة التمييز بين دعاوى الإلزام ، والدعاوى المقررة والمنشئة :

ففـي دعـاوى الإلزام - وهي الدعاوى التي ترد على حق في أداء - يجوز رفع الدعوى من طرف واحد ضد طرف واحد ؛ لأن دعوى الإلزام بطبيعتها لا ترتب أثراً إلا فيما بين أطراف الدعوى .

أما في الدعاوى المقررة أو المنشئة ، فإنه لا يجوز رفع الدعوى إلا في مواجهة جميع أطراف الرابطة القانونية الواحدة ، وذلك لأن هذه الرابطة القانونية ، لا يتصور أن تتقرر أو يحدث فيها تعديل بهذه الدعاوى إلا في مواجهة الجميع[٣] **و من أمثلة هذه الدعاوى :**

---

[١] د. نبيل عمر - أصول المرافعات ص ٤٧٥ ، ٤٧٦ .

[٢] د. رمضان جمال - شروط قبول الدعوى ص ٥٦ .

[٣] د. فـتحي والي - الوسيط ص ٥٨ ، ٥٩ ، د. نبيل عمر - أصول المرافعات ص ٤٦١ ، ٤٦٢ ، د. رمضان جمال - شروط قبول الدعوى ص ٥٠ .

دعوى تقرير أو نفى حق ارتفاق لصالح أوعلى عقار شائع ، إذ يجب أن ترفع من أو على جميع الملاك على الشيوع ، والدعوى التى ترفع ببطلان عقد أو صوريته، إذ يجب أن يختصم فيها جميع أطراف العقد[١].

مدى اشتراط الصفة حتى الفصل فى الدعوى :

إذا لم يكن للمدعى صفة فى رفع الدعوى وقت رفعها ، حكم بعدم قبولها .

وإذا توافرت الصفة عند قبول الدعوى ، ثم زالت بعد ذلك وأثناء نظرها ، فإن الدعوى تصير غير مقبولة ؛ وذلك لأن شروط قبول الدعوى يجب أن تتوافر من وقت قيام الدعوى حتى الفصل فيها[٢].

ومن جهة أخرى : إذا رفعت الدعوى على غير ذى صفة ، ولم يدفع بعدم القبول ، ولم تحكم به المحكمة ، ثم اكتسب الخصم الصفة المطلوبة أثناء السير فى الدعوى ، مع مراعاة المواعيد والإجراءات اللازمة فما الحكم ؟ هل يحكم بعدم قبول الدعوى أم لا ؟

نفرق هنا بين طورين :

الطور الأول : ما قبل تعديل المادة (٣) مرافعات بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ :

ففى تلك الفترة كان المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن العيب الذى شاب صفته عند رفع الدعوى يزول ، وتصبح الخصومة بعد زوال العيب منتجة لآثارها من بدايتها ، ولا يكون للخصم مصلحة فى التمسك بعدم قبول مثل هذه الدعوى[٣].

وتطبيقاً لذلك : قضت محكمة النقض بأنه " وإن كان يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى إذا لم يكن المدعى صاحب صفة فى رفعها ، إلا أنه متى اكتسب المدعى هذه الصفة أثناء نظر الدعوى ، مراعيا المواعيد والإجراءات المنصوص عليها فى القانون ، فإن العيب الذى شاب صفته عند رفعها يكون قد زال ، وتصبح الخصومة بعد زوال العيب منتجة لآثارها من بدايتها، ولا تكون للمدعى عليه مصلحة فى التمسك بهذا الدفع[٤].

---

(١) د. رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٥١ .

(٢) د. أمينة النمر – الوجيز ص ٢٥٤ ، د. نبيل عمر – أصول المرافعات ص ٤٧٢ ، د. رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٦٧ ، ٦٩ .

(٣) م الدناصورى ، أ عكاز – التعليق على قانون المرافعات ص ٦٥٣ ، د. نبيل عمر – أصول المرافعات ص ٤٧٣ .

(٤) نقض مدنى ١٩٧٣/١/٢٥م – الطعن رقم ٥٢٤ لسنة ٣٧ – موسوعه دائرة المعارف القانونية أ. ياسر محمود نصار ٥٩٣/٦، ٥٩٤ – إصدار المجموعة الدولية للمحاماه بالاسكندرية سنة ١٩٩٨م.

الطور الثاني : ما بعد تعديل المادة الثالثة مرافعات بالقانون المذكور :

فى ظل هذا التعديل انقسم الرأى عند الشراح إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : يرى أصحابه أن المبدأ السابق يظل سارياً ، إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة (٢٠) من قانون المرافعات ، التى تنص على أنه " لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه ، إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء ". أى أن تحقق الغاية يكون مانعاً من الحكم بالبطلان ولو كان متعلقاً بالنظام العام ؛ إذ فى هذه الحالة يكون تحقق الغاية دليلاً على عدم المساس بالنظام العام[١].

الاتجاه الثانى : يرى من ذهب إليه أنه يتعين على المحكمة فى هذه الحالة أن تقضى بعدم قبول الدعوى ؛ لانتفاء الصفة ، وذلك لأن المقنن حينما نص فى المادة الثالثة مرافعات بعد تعديلها على أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها فى أية حالة تكون عليها الدعوى بعدم القبول فى حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها إنما أراد بذلك أن تتوافر شروط قبول الدعوى وقت رفعها لا بعد ذلك .

وقد اعترض صاحب هذا الاتجاه على أصحاب الاتجاه الأول : بأن الاستدلال بنص المادة (٢٠) مرافعات ، استدلال فى غير محله ، ذلك أن المادة (٢٠) تتعلق بالإجراء ، واكتساب الصفة فى الدعوى ، ليس من إجراءات الدعوى ، إنما هو يتعلق بالموضوع ، بدليل أن قضاء المحكمة بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة وفقاً لما جرى عليه قضاء النقض ، تستنفذ به المحكمة ولايتها . هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى فإن جزاء عدم توافر الصفة هو القضاء بعدم القبول ، وليس البطلان كما تنص المادة (٢٠) من قانـــــــون المرافعات[٢].

تعلق شرطى المصلحة والصفة بالنظام العام :

كان الخلاف قد ثار بين علماء المرافعات قبل صدور القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ ، حول ما إذا كان هذان الشرطان متعلقين بالنظام العام أم لا .

وكان الراجح فقهاً وقضاءً أنهما متعلقان بالنظام العام[٣]، إلى أن صدر حكم محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٧/٢/٢١ ، وقضت فيه بأن الصفة ليست من النظام العام ....

---

(١) م . الدناصورى ، أ عكاز – شرح قانون المرافعات ٨١ لسنة ١٩٩٦ م ص ١٦ .

(٢) د. رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٦٨ ، ٦٩ .

(٣) د.أبو الوفا – نظرية الدفوع ص ٨٠٤ ، د.أمينة النمر – الوجيز ٢٣٦، ٢٥٥ ، تعليق المستشار الدناصـــــــورى و أ. عكاز ٢٥/١ ، ٢٦ .

ثم استطردت أحكام النقض واستقرت على ذلك.[١]

بل كان الأمر قد وصل إلى أبعد من ذلك بصدور القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، حيث قرر هذا القانون أن الصفة ليست من النظام العام ، وأوجبت الفقرة الثانية من المادة ١١٥ منه على المحكمة إذا رأت أن الدفع بعدم قبول الدعوى بانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس ، أن تؤجل الدعوى وتكلف المدعي باختصام ذي الصفة[٢] . ومقتضى ذلك أنه لا يجوز للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها ولا بدفع من الخصم بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة[٣].

أما بعد صدور القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ ، فقد أصبح الشرطان متعلقين بالنظام العام ، حيث نص في المادة (٣/ ٣) منه على أن " تقضي المحكمة من تلقاء نفسها في أي حالة تكون عليها الدعوى ، بعدم القبول في حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين " .

ويترتب على تعلق هذين الشرطين بالنظام العام النتائج التالية :

١- لا يجوز أن يتفق الخصوم على عدم المنازعة في صفات بعضهم في الدعوى .

٢- يجوز إبداء الدفع بعدم القبول ، لانتفاء المصلحة ، أو لانعدام صفة أي من الخصوم سواء كان مدعياً أو مدعى عليه ، أو خصماً مدخلاً أو متدخلاً في الدعوى .

٣- يجوز إبداء الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى ، ولو بعد صدور حكم فرعي أو في شق من الموضوع ، ولو أصبح هذا الحكم غير قابل للطعن فيه ، بل يجوز إبداء الدفع لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية حتى ولو لم يتمسك به الخصم أمام محكمة أول درجة ، كما يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض .

٤- يتعين على النيابة سواء كانت خصماً أصلياً في الدعوى ، أو تدخلت كطرف منضم ، أن تتمسك بالدفع بانتفاء المصلحة والصفة ولو لم يدفع به أحد من الخصوم .

٥- يتعين على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة أو الصفة من تلقاء نفسها ولو لم يدفع به أحد من الخصوم[٤].

---

[١] تعليق المستشار الدناصوري والأستاذ عكاز ٢٥/١، ٢٦ ، ٦٥٤ ، نقض ١٩٧٤/١٠/٢٢ طعن رقم ٣٧١ لسنة ٢٩ ق ، ١٩٨١/٢/٢٩ – طعن رقم ٤٥٣ لسنة ٤٢ ق ، ١٩٧٩/١/٢٤ – طعن رقم ٢٠٣ لسنة ٤٤ ق د. رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٨٩ ، ٩٠ .

(٢) فإذا لم يقم المدعي باختصام ذي الصفة ، كان للمحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى ؛ لرفعها على غير ذي صفة ، إذا أبدى المدعى عليه هذا الدفع كما يكون لها أيضاً أن تقضي بتوقيع الغرامة أو وقف الدعوى ، فإذا قضت بعدم قبول الدعوى،زالت الخصومة واعتبرت كأن لم تكن .(م .الدناصوري ، أ .عكاز .التعليق على قانون المرافعات ص ٢٦ ، ٦٥٤)

[٣] د. رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٨٩ ، (المستشار الدناصوري ، الأستاذ عكاز التعليق على قانون المرافعات ص ٢٦ ، ٦٥٤) .

[٤] د. رمضان جمال – شروط قبول الدعوى ص ٩٠ ، ٩١ ، د. أمينة النمر – الوجيز ص ٢٣٦ .

المطلب الثاني

الشروط السلبية لقبول الدعوى

الشروط السلبية هى التى يجب عدم وجودها حتى تقبل الدعوى . وهذه الشروط هى

١- ألا يكون قد سبق صدور حكم فى موضوعها :

إذ تطبيقاً لمبدأ حجيةّ الشيء المحكوم به ، لا يجوز للمحكمة أن تفصل فى نزاع سبق حسمه حكم سابق ، إلا إذا كانت هى المختصة بنظر الطعن الموجه إليه[١].

٢- عدم وجود نص قانونى يمنع من سماعها :

فقد ينص القانون على عدم سماع الدعوى ، وذلك إما لحكمة موضوعية قدرها المقنن ، وإما لعدم احترام الميعاد المحدد لرفعها ، وإما لعدم احترام المناسبة المحددة لرفعها .

فمثال الحالة الأولى : ما تنص عليه المادة (٢/٧٣) تجارى من أنه " لا تقبل أى دعوى أمام المحاكم بخصوص عمل يئول إلى مجرد دفع فروق ، إذا انعقد على ما يخالف النصوص المتقدمة (أى خارج البورصة ، أو بالمخالفة لأحكام التعامل فى البورصات)

ومثال الحالة الثانية : ما تنص عليه المادة (٤٩٣) مدنى من أن " ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى ، أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار ، وتقيد بالجدول ، ويكون كل ذلك فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان ...... "

ومثال الحالة الثالثة : ما تنص عليه المادة (٧٨٨) مدنى من أنه " لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين "

فإذا وجد مثل هذا المنع ، فإنه يحول دون قبول الدعوى ، ولو توافرت بقية الشروط الأخرى[٢].

٣- ألا يكون قد اتفق على التحكيم بصددها :

فالاتفاق على التحكيم ، بمقتضاه يتنازل الشخص عن الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه . وهو لا ينزع الاختصاص من المحكمة ، وإنما يمنعها من سماع الدعوى ، ما دام شرط التحكيم قائماً ، وبالتالى يكون الدفع بالاعتداء بشرط التحكيم من قبيل الدفوع بعدم قبول الدعوى ؛ لأن الخصم ينكر به سلطة خصمه فى الالتجاء إلى القضاء العادى للذود عن حقه .

---

(١) د. أحمد أبو الوفا – المرافعات ص ١٣٣ ، ١٣٤ .

(٢) د. أبو الوفا المرجع السابق / ١٣٤، د.أحمد مسلم – أصول المرافعات ص ٣٣٤ ، ٣٣٥ .

٤- ألا يكون قد تم صلح بين الخصوم بصدد الدعوى المرفوعة :
إذ بمقتضـــاه لا يعتد بما كان للخصوم من حقوق تستلزم إقامة الدعوى لحمايتها . أما إذا ثـــار نـــزاع بصدد تفسير هذا الصلح ، فمن الجائز أن ترفع دعوى بطلب تفسيره وتحديد حقوق أطرافه[1].

٥- ألا تكون الدعوى قد انقضت بالتقادم :
فـــالدعوى تسقط بعدم استعمالها ، كأي حق من الحقوق ، وسقوط الدعوى يكون بمضي مـــدة الـــتقادم العاديـــة وهـــي خمس عشرة سنة من وقت الاعتداء على الحق أو المركز القانوني المدعى[2].

⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘

[1] د. أحمد أبو الوفا - المرافعات ص ١٣٥ .
[2] دراسات د. عبد الحكم شرف ، د. السعيد الإزمازى ص ٣٢٠ ، نقض ١٩٧٤/١/٣٠ - مجموعة أحكام الـ ٢٥ ص ٢٥ .

المبحث الثالث
مقارنة بين الفقه الإسلامي
والقانون الوضعي في شروط الدعوى

عرفنا مما سبق أن كلاً من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، قد اشترط شروطاً لقبول الدعوى ، بغرض منع الأفراد من المغالاة فى استعمال الحق فى طلب الحماية القضائية ، وضمان جدية المدعى فى ادعائه ، واستظهار مدى اضطراره واحتياجه إلى تدخل القضاء لحمايته . وبالنظر في تفصيلات هذه الشروط فى كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، نجد أن بينهما وجوهاً كثيرة للاتفاق وإن اختلف التعبير فى كل منهما ونجد كذلك بعض وجوه للاختلاف .

فمن أبرز وجوه الاتفاق :

١- أن بعض مذاهب الفقه الإسلامي وبعض رجال الفقه القانونى ، قد نصوا على شرط الأهلية فى كل من المدعى والمدعى عليه . وإن كان الفقه الإسلامي قد عبر عن ذلك بـ "**التكليف -البلوغ والعقل -والرشد** " .

٢- أن كلاً من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، قد نص على شرط المصلحة فى الدعوى ، وإن كان الفقه الإسلامي قد عبر عن ذلك بضرورة كون المدعى به ذا غرض صحيح للمدعى .

٣- أن كلاً من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، قد نص على وجوب كون المدعى به محتمل الثبوت ، وإن كان القانون الوضعي قد عبر عن ذلك بـ "**قانونية المصلحة** " أى وجوب كون المصلحة محمية بالقانون ، والقانون لا يحمى المصالح المستحيلة أو التى لا يمكن إلزام المدعى عليه بها لو ثبتت ، وبالتالى فلا تقبل الدعوى بها .

٤- أن كلاً منهما قد اتفق على وجوب كون المصلحة قائمة وحالة ، وإن كان الفقه الإسلامي قد عبر عن ذلك " بوجوب أن يذكر المدعى فى دعواه أن المدعى به فى يد المدعى عليه بغير وجه حق " إذ إن وضع المدعى عليه يده على ملك غيره بغير وجه حق ، هو الاعتداء بعينه ، الذى يجعل مصلحة صاحبه فى الدفاع عن ملكه ورفع يد المعتدى عنه ، حالة وقائمة ، وتخول له الحق فى رفع الدعوى بذلك .

٥- ان كلاً منهما قد اتفق على ضرورة توافر الصفة فى كل من طرفى الدعوى .

٦- أن القـــانون الوضعى قد اتفق مع الراجح فى الفقه الإسلامى ، فى عدم اشتراط ، حضور المدعى عليه لصحة الدعوى .

٧- أن القانون الوضعى قد اتفق مع الراجح فى الفقه الإسلامى ، فى عدم اشتراط ذكر المدعـــى فـــى دعواه أنه يطالب المدعى عليه بحقه الذى يدعيه . وفى عدم اشتراط كون الدعوى بلسان المدعى بعينه ، أى بجواز التوكيل فى الدعوى .

ومن أبرز وجوه الاختلاف :

١- أن القانون الوضعى لم ينص على شرط ثبوت الخلطة بين طرفى الدعوى ، لقبولها واستحلاف المدعى عليه على نفيها ، وهو بهذا يتفق مع بعض مذاهب الفقه الإسلامى لكن الراجح – كما رأينا – ضرورة اشتراط هذا الشرط لاستحلاف المدعى عليه ، وخاصة إذا لم يكن بينه وبين المدعى توافق أو تقارب فى الاتجاه والسلوك والنمط ..

٢- أن القـــانون الوضعى لم ينص على شرط عدم التناقض فى الدعوى لقبولها ، وهو بهـــذا يتفق مع ما رآه بعض المالكية وبعض الشافعية من عدم اشتراط هذا الشرط . وقد بينا أن الراجح اشتراطه .

٣- أن شـــرط الصـــفة فى الفقه الإسلامى ، يتوافر فى المدعى إذا كان يدعى بالحق لنفســـه أو لمـــن له الدعوى عنه بالولاية أو الوصاية أو القيمومة أو الأمانة أو الحسبة ، وبالتالى فالحق فى رفع دعوى الحسبة مكفول لكل فرد أو جهة فى المجتمع المسلم ، على كل من انتهك حقاً من حقوق الله تعالى ، أو حقاً مشتركاً بين الله تعالى والعبد لكن حق الله تعالى فيه هو الغالب ، انطلاقاً من وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، المكلف بـــه كل فرد من أفراد المجتمع المسلم ، فى حدود طاقته وإمكانه ، درءًا للمفاسد ، وجلباً للمصالح ، ومحاصرة للشر ، وتعميماً للخير . بينما شرط المصلحة الشخصية والمباشرة ، الذى يعتبر أحد الحالات التى يتحقق فيها شرط الصفة فى القانون الوضعى – وخاصة بعد صـــدور القـــانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ – يقتصر على هذه الدعوى ، إذ إنه بصدور هذا القانون – كما رأينا – أصبح رفعها مقصوراً على النيابة العامة وحدها دون غيرها .

ولا شك أن ما نهجه الفقه الإسلامى بشأن هذه الدعوى ، أبعد نظراً وأعمق أثراً ، فلا فرق فى الإسلام بشأن وجوب إزالة المنكر ، بين جهة وأخرى ، أو بين فرد وآخر ، فالحديث الصحيح يقول : ....

"من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان " [1] . وذلك نابع من المقرر في قوله تعالى : **﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة ويطيعون الله ورسوله ﴾** [2] ، وبهدف الحصول على الرحمة التى وعد بها الله سبحانه في عجز هذه الآية الكريمة : **﴿أولئك سيرحمهم الله إن الله عزيز حكيم ﴾** ونيل الخيرية التى نطق بها سبحانه في قوله : **﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله ﴾** [3] . وتحاشى آثار الفساد المدمرة ، والتى لا تفرق بين طيب وخبيث ، المتوعد بها في قوله تعالى: **﴿واتقوا فتنة لا تصيبن الذين ظلموا منكم خاصة واعلموا أن الله شديد العقاب ﴾** [4] .

فيا حبذا لو كان الأمر في القانون على نحو ما هو عليه في الفقه الإسلامي ، وهذا ما يراه جمهور الفقه القانوني [5] ؛ حماية لقيم المجتمع ومثله ، وحماية للنظام العام والآداب ، ولما يتسم به دور النيابة العامة في هذا المجال بالقصور ، نظراً لعبئها الشديد في العمل. فضلاً عن أنها لا تستطيع أن تمد سمعها وبصرها على كل ما يخل بالنظام العام والآداب فما أكثر ما يقع ، وما أقل ما يصل إلى علم النيابة العامة ، كما لا يخفى ما ينطوى عليه إعطاء المواطن حق الدفاع عن قيم المجتمع الذى يعيش فيه من الاستفادة بتكاتف الجهود للمحافظة على نظام المجتمع وأمنه ، وتزكية لروح احترام القانون في

---

(١) رواه الأئمة : أحمد في مسنده ٣ / ٢٠ ، ٤٩ ، ٥٢ ، ٥٣ ، ٥٤ ، ومسلم في صحيحه ، كتاب الإيمان باب (٢٠) كون النهى عن المنكر من الإيمان ٢١/٢ وما بعدها (٧٨ / ٤٩) بشرح النووى ، والترمذى في صحيحه أبواب الفتن ، باب (١٠) ما جاء في تغيير المنكر باليد أو باللسان أو بالقلب ٦/ ٣٢٧ (٢٢٦٣) مع التحفة ، والنسائي في سننه ، كتاب الإيمان وشرائعه باب تفاضل أهل الإيمان ١١١/٨ ، ١١٢ من حديث أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه .

(٢) من الآية ٧١ من سورة التوبة .

(٣) من الآية ١١٠ من سورة آل عمران .

(٤) الآية ٢٥ من سورة الانفال . يقول ابن كثير – رحمه الله في تفسير هذه الآية : " يحذر تعالى عباده المؤمنين فتنة أى اختباراً ومحنة يعم بها المسيء وغيره ، لا يخص بها أهل المعاصي ولا من باشر الذنب ، بل يعمها لم تدفع وترفع " (تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٣٠٥/١ – ط دار مصر للطباعة نشر – مكتبة مصر – القاهرة) .

(٥) د. أحمد السيد صاوى – الوسيط ص ١٧١ وما بعدها ، د. عبد المنعم الشرقاوى – نظرية المصلحة ص ٣٨١ بند ٣٥٨ ، د.رمزى سيف – الوسيط بند ٨٦ ، د. حامد أبو طالب – محاضرات في قانون المرافعات ٢٢٤/٢ ، د. عبد الله مبروك النجار – الحسبة ودور الفرد فيها في ظل التطبيقات القانونية المعاصرة ص ٢٠٢ وما بعدها ، هدية مجلة الأزهر لشهر ذى الحجة سنة ١٤١٥ هـ) .

نفــوس الأفــراد ، الأمر الذى أحست بضرورته المجتمعات منذ أن بدأت تعرف أسباب الحضـــارة ، فــنظم القانون الرومانى الدعاوى الشعبية ، وأباح رفعها من الكافة ، حماية للمصلحة العامة ...**والله تعالى أعلم**

ﻫﻫﻫﻫﻫﻫﻫﻫ

الفصل الثانى

شرط معلومية المدعى به
ومدى لزومه فى الدعوى والاستثناءات
الـــواردة عليه
فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

لما كانت الدعوى بالمجهول

هى الدعوى التى افتقدت فيها معلومية المدعى به ،

فإننى أبين فى هذا الفصل ،

المقصود بهذا الشرط ،

ومدى لزومه فى الدعوى لصحتها

والاستثناءات الواردة عليه .

فى كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ،

وذلك فى مبحثين ،

أتبعهما بمبحث ثالث

للمقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

فى شرط معلومية المدعى به .

وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول

المقصود بمعلومية المدعى به ومدى لزومها لصحة الدعوى في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يقصد بمعلومية المدعى به : تصوره ، أي تميزه في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي[١] . وذلك بتعريفه ووصفه في الدعوى[٢] .

وفي مطلبين متواليين أبين مدى لزوم هذه المعلومية لصحة الدعوى في الفقه الإسلامي والاستثناءات الواردة عليها :

****

المطلب الأول

مدى لزوم معلومية المدعى به لصحة الدعوى في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في مدى لزوم هذا الشرط لصحة الدعوى إلى مذهبين :

المذهب الأول : يرى أنصاره أن هذا الشرط غير لازم لصحة الدعوى ، فالدعوى بالمجهول صحيحة ، سواء كان مجهول العين أو الصفة ، وعليه فلو ادعى شخص على آخر بشيء مجهول العين أو الصفة ، كما لو قال : لي عليه شيء ، ولا يدري جنسه ونوعه ، أو قال : لي عنده أرض ، ولا يدري حدودها ، قبلت دعواه . إلى هذا ذهب بعض فقهاء المذاهب ، منهم : قاضي زادة من الحنفية[٣] [٤] ....

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٤٤/٤ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢٠٩/٤ ، شرح الزرقاني على المختصر ١٣٥/٧ ، تهذيب الفروق ١٥٣/٤ .

(٢) شرح التنبية للسيوطي ٩٠٨/٢ ط دار الفكر . وسيأتي بيان كيفية تحقق العلم بالمدعى به في ص ١٥٧ وما بعدها .

(٣) هو شمس الدين أحمد بن محمود الأدرنوي ، قاضي زادة . فقيه حنفي من الروم . تولى قضاء حلب بضع سنوات، ثم قضاء القسطنطينية ، فقضاء عسكر الروم إيلي ، ثم قلد الفتوى بدار السلطنة إلى أن توفي في عام ٩٨٨هـ له من التآليف :" نتائج الأفكار في تكملة شرح فتح القدير للكمال ابن الهمام في فروع الحنفية "، وحاشية على شرح المقنع ، لم يتمها ، و " حاشية على شرح الوقاية لصدر الشريعة " . (شذرات الذهب ٤١٤/٨ ، كشف الظنون ١٧٦٦/٢ ، الأعلام ٢٥٤/١ ، معجم المؤلفين ١٧١/٢) . =

والقرافى[1] [2] والمازرى [3] [4] والبساطى[5] [6] ....

= (٤) فقـد قال معقباً على قول المرغينانى فى الهداية : " والإلزام فى المجهول لا يتحقق " ، أقول : فيه بحث ، وهو أن عدم تحقق الإلزام فى المجهول ممنوع ، إذ قد تقرر فى كتاب الإقرار أن الإقرار بالمجهول صحيح ، وقد مر فى صدر كتاب الدعوى ، أن حكـم الدعـوى الصحيحة ، وجوب الجواب على الخصم ، إما بالإقرار وإما بالإنكار ، فعلى تقدير أن أجاب الخصم بالإقـرار ، يمكن الإلزام عليه فى المجهول أيضاً ، لكونه مؤاخذاً بإقراره ، فينبغى أن تصح الدعوى فيه أيضاً ، لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالإقرار " (تكملة فتح القدير – نتائج الأفكار – لقاضى زادة ١٨٥/٨).

(١) هو الإمام أحمد بن إدريس ، شهاب الدين الصنهاجى القرافى ، نسبة إلى صنهاجة – من برابرة المغرب – وإلى القرافة – المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعى بالقاهرة – ، من فقهاء المالكية ، وهو مصرى المولد والمنشأ والوفاة ، له مصنفات جليلة فى الفقـه والأصول منها:" أنوار البروق فى أنواء الفروق " و " الذخيرة " وغيرهما . توفى رحمه الله سنة ٦٨٤هـ . (الديباج المذهب لابن فرحون ص ٦٢ ، الأعلام للزركلى ١/ ٩٤ ، ٩٥) .

(٢) فقـد قـال بعد أن نقل عن الشافعية اشتراطهم معلومية المدعى به : " غير أن قولهم وقول أصحابنا : إن من شرطها أن تكون معلومة . فيه نظر ، فإن الإنسان لو وجد وثيقة فى تركة مورثه ، أو أخبره عدل بحق له ، فالمنقول جواز الدعوى بمثل هذا والحلف بمجرده عندنا وعندهم " . (الفروق ٤ / ١٥٤) .

(٣) هـو الإمـام محمد بن على بن عمر التميمى المازرى نسبة إلى مازر – بليدة من جزيرة صقلية ، المعروف بالإمام . كان حافظـاً نظاراً مجتهداً فى المذهب . له مؤلفات كثيرة منها : " شرح التلقين للقاضى عبد الوهاب " و " شرح البرهان لإمام الحـرمين " و " المعلم فى شرح صحيح مسلم " وكان إلى جانب إلمامه بعلوم الشريعة عالماً بالطب والحساب والآداب وغير ذلك . قال الذهبى : " وكان ممن يفتى فى الطب كما يفتى فى الفقه " . ولد بمدينة المهدية من إفريقية ، وبها مات سنة ٥٣٦هـ عـن عمر بلغ ثلاثاً وثمانين سنة . (الديباج المذهب لابن فرحون ص ٢٧٩ ، سير أعلام النبلاء للذهبى ١٠٤/٢٠ (٦٤)، وفيات الأعيان لابن خلكان ٢٨٥/٤ ، كشف الظنون لحاجى خليفة ٥٥٧/١ ، شذرات الذهب لابن العماد الحنبلـي ١١٤/٤) .

(٤) فقـد نقـل عنه غير واحد من فقهاء المذهب قوله : " وعندى أن هذا الطالب لو أيقن بعمارة ذمة المطلوب بشىء ، وجهل مبلغه ، وأراد من خصمه أن يجاوبه عن ذلك بإقرار بما ادعى على وجه التفصيل ، وذكر المبلغ والجنس ، لزم المدعى عليـه الجواب " . (تبصرة الحكام لابن فرحون ١٤٥/١ ، مواهب الجليل للحطاب ١٢٠/٨ ، شرح الخرشى ١٥٤/٧ ، شرح الزرقانى ١٣٥/٧ ، شرح منح الجليل ١٦٩/٧ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١٤٤/٤) .

(٥) هو الإمام محمد بن أحمد بن عثمان بن نعيم بن محمد الطائى البساطى ، قاضى القضاة ، أبو عبد الله شمس الدين العلامة المالكى المولود سنة ٧٦٠ هـ ، نبغ فى فنون المعقول والعربية والبيان والأصلين ، وصنف فيها ، وفى الفقه ، ومن مصنفاته : " المغنى " فى الفقه ، و " وشاء الغليل فى شرح مختصر خليل " و " توضيح المعقول وتخريج المنقول على مختصر ابن الحاجب " "وحاشـية على المطول " ، "وحاشية على المطالع " " وحاشية على المواقف" ، "ونكت على الطوالع " ، "ومقدمة فى علم الكلام " . وتوفى رحمه الله سنة ٨٤٢ هـ (نيل الابتهاج بتطريز الديباج لأبى العباس التنبكتى بهامش الديباج المذهب لابن فرحون ص ٣٠٠ ط دار الكتب العلمية – بيروت –) .

(٦) فقد نقل عنه انه قال بعد أن ذكر رأى المازرى : "وعندى أنه صواب ، وأنه يلزم المدعى عليه جوابه بإقرار أو انكار" . (شرح الزرقانى ١٣٥/٧ ، شرح الخرشى ١٥٤/٧) .

والحطاب[١][٢] ومطرّف[٣] ، وأكثر الأصحاب من المالكية[٤] ، كما ذهب إليه الإمام تقي الدين ابن تيمية[٥] من الحنابلة[٦] .

هذا ومحل الخلاف بين المالكية : ما إذا ادعى المدعى جهل قدر الشيء ، ولم تكن قرينة على صدقه . أما إذا علم قدره وأبى أن يذكره ، لم تسمع دعواه به اتفاقاً . وإن جهل قدره ودلت على ذلك قرينة ، كشهادة بينة بأن له حقاً لا يعلمون قدره ، فتسمع دعواه[٧] .

---

(١) هو الإمام محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسن الرعيني المغربي الأصل ، المكي المولد المعروف بالحطاب . ولد سنة ٩٠٢ هـ ، وكان من سادات العلماء ، له تآليف بارعة ، تدل على إمامته وسعة علمه وحفظه وسيلان ذهنه وقوة إدراكه وجودة نظره وحسن اطلاعه منها : شرحه على مختصر خليل المسمى مواهب الجليل ، وشرح ابن الحاجب ، وشرح مناسك خليل ، وشرح قرة العين في الأصول لإمام الحرمين وغيرها . وتوفي رحمه الله سنة ٩٥٤هـ . (نيل الابتهاج بتطريز الديباج لأبي العباس التنبكتي ص ٣٣٧ ، الأعلام م ٥٨/٧)

(٢) حيث قال :" ومسائل المدونة وغيرها صريحة في أنه تسمع الدعوى بالمجهول، إذا كان لا يعلم قدره ، قال في آخر كتاب الشفعة من المدونة : ومن ادعى حقاً في دار بيد رجل فصالحه منه ، فإن جهلاه جميعاً ، جاز ذلك ، وإن عرف المدعى دعواه منها فليسمه ، فإن لم يسمه ، بطل الصلح ولا شفعة فيه " . (مواهب الجليل ١٢١/٨) .

(٣) هو الإمام مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار اليساري الهلالي ، أبو مصعب المدني ، الثقة الفقيه ، المولود سنة ١٣٧هـ ، والمتوفى سنة ٢١٤ هـ وقيل سنة ٢٢٠ هـ ، أخذ عن مالك وابن أبي ذئب وعبد الله بن عمر العمرى وغيرهم وروى عنه البخارى ومحمد بن أبي الحسن والذهلي وغيرهم . قال فيه الإمام أحمد بن حنبل :" كانوا يقدمون على أصحاب مالك " . وذكره ابن حبان في الثقات . وقال الدار قطني : ثقة .(تهذيب التهذيب لابن حجر ١٥٨/١٠ ط ١ دار الفكر سنة ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤م) .

(٤) فقد قال المتيطي - رحمه الله - : " ولو شهد الشهود للقائم في الدار المقوم فيها بحصة لا يعرفون مبلغها ، ففي كتاب ابن حبيب في رواية مطرف عن مالك أنه يقال للمشهود عليه : أقر بما شئت منها واحلف عليه . فإن أبى . قيل للمشهود له : سَم ما شئت منها واحلف عليه وخذه ، فإن أبى . أخرجت الدار من المطلوب ، ووقفت حتى يقر بشيء . قال مطرف : وقد كنا نقول وأكثر أصحابنا : أنه إذا لم يعرف الشهود الحصة فلا شهادة لهم ، ولا يلزم المطلوب شيء حتى قال ذلك مالك ، فرجعنا إلى قوله ، واستمرت الأحكام به " . (مواهب الجليل للحطاب ١٢١/٨ ، شرح منح الجليل للشيخ محمد عليش ٤/ ١٦٩) .

(٥) سبقت ترجمته في ص ٦٨ .

(٦) فلقد روى عنه ذلك تلميذه ابن مفلح قائلاً : " واختار شيخنا أن مسألة تحرير الدعوى وفروعها ضعيفة ؛ لحديث الحضرمي .... وإذا قيل : لا تسمع إلا محررة . فالواجب أن من ادعى مجملاً ، استفصله الحاكم " . (الفروع لابن مفلح ٦/ ٤٦٣) .

(٧) تبصرة الحكام لابن فرحون ١٤٥/١ ، شرح الزرقاني ١٣٦/٧ ، مواهب الجليل ١٢١/٨ .

المذهب الثانى : يرى أنصاره أن معلومية المدعى به شرط لازم لصحة الدعوى ، فـلا تصح الدعوى بمجهول العين والصفة ، وعليه فلو ادعى شخص على آخر بشىء مجهـول طالـبه القاضى بتصحيح دعواه ، ببيان المدعى به مفصلاً ، فإن فعل ، صحت دعواه وسمعت ،وطلب من المدعى عليه الجواب ، وإلا ردت دعواه حتى يستوفى ما يمنع من جهالتها . باستثناء بعض مسائل سيأتى بيانها **إن شاء الله تعالى** فى المبحث التالى

وإلــى هذا ذهب عامة الحنفية ، والمالكية فى المشهور ، والشافعية ، والحنابلة ، والزيدية ، والإمامية ، والإباضية[1] .

الأدلة والمناقشات :

أدلة المذهب الأول :

اسـتدل أصـحاب المذهـب الأول على عدم اشتراط معلومية المدعى به لصحة الدعوى بالسنة والمعقول :

أما السنة : فمـا روى عـن علقمـة بن وائل عن أبيه قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال الحضرمى : يا رسول الله ، إن هـذا قـد غلبـنى على أرض كانت لأبى . قال الكندى : هى أرضى فى يدى ، أزرعها ليس له فيها حق . فقال رسول الله صلى الله علية وسلم للحضرمى: "**ألـك بينة**" ؟ قـال : لا . قال "**فلك يمينه**" . قال : يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالى على ما حلف عليه ، وليس يتورع من شىء . قال : " ليس لك منه إلا ذلك " فانطلق ليحلف .

---

[1] المبسوط للسرخسى ٣٠/١٧ ، البدائع ٣٣٩/٦ ، تحفة الفقهاء ١٨١/٢ ، الهداية للمرغينانى تحقيق أ .محمد محمد تامر ، أ . حافظ عاشور حافظ ١١٥٥/٣ ط ١ دار السلام – القاهرة سنة ١٤٢٠ هـ – ٢٠٠٠م الاختيار لتعليل المختار ١١٠/٢ جواهر الإكليل ٢٢٦/٢ ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ١٢٠/٨ ، تبصرة الحكام ١٤٥/١ ، الحاوى الكبير للماوردى ٣٠٩/٧ ، البيان للعمرانى ١٣/ ١٥٣ ، شرح العلامة المحلى وحاشيتا قليوبى وعميرة ١٦٣/٤ ، ٣٣٩ ، أدب القضاء لابن أبى الدم ص ٢٠١ ، ٢٠٢ ، المهذب للشيرازى بتحقيق د . محمد الزحيلى ٥٤٢/٥ ط دار العلم ، كشاف القناع للبهوتى ٣٤٤/٦ ، ط عالم الكتب – بيروت – ، شرح منتهى الإرادات ٥٩٢/٢ ، الكافى لابن قدامة ٤٨٦/٤ ، جواهر الكلام ٣٧٨/٤٠ ، فقه الإمام جعفر ٧٩/٦ ، السيل الجرار ١٤٢/٤ ، البحر الزخار ٣٩٤/٦ ، التاج المذهب ٦/٤ ، شرح كتاب النيل ١٣/ ٣٧٨ ، ٣٧٩ .

فقـال رسـول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر الرجل " **أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ، ليلقين الله وهو عنه معرض** " [١] .

وجـه الدلالـة من هـذا الحديث : أن النـبى صلى الله عليه وسلم سمع دعوى الحضرمى على الكندى رغم أنه لم يبين فيها مقدار المدعى به ولا حدوده ، ولا أى شىء ممـا يحصل به العلم الذى اشترطه أصحاب المذهب الثانى ، وإنما سمعها لمجرد أن قال المدعـى : إن هـذا قـد غلبنى على أرض كانت لأبى . فدل ذلك على عدم اشتراط هذا الشـرط ، إذ لـو كـان شـرطاً ، لما سمع النبى صلى الله عليه وسلم هذه الدعوى من الحضرمى ، ولطلب منه أن يبين مقدار هذه الأرض وحدودها وجيرانها وما إلى ذلك .

وأما المعقول فمن ثلاثة وجوه :

أحدهمـا : أن فـى قبول الدعوى بالمجهول تحقيقاً لمصلحة المدعى ، ومحافظة على حقه ، عملاً على توصيله إليه ، ذلك أنه لو أيقن رجل بعمارة ذمة رجل آخر بحق له ، لكنه يجهل مقدار هذا الحق ، ففى قبول الدعوى بهذا الحق ، بداية لإظهار مقداره ، لأن المدعـى علـيه إما أن يقر بالحق ، وإما أن ينكر ، فإن أقر ، ألزمه القاضى بما أقربه ، لكونــه مؤاخذاً بإقراره . وإن أنكر ، حلفه القاضى على نفى دعوى صاحبه . وربما كان لعلمـه بتوجيه اليمين إليه أثره فى إقراره بما للمدعى عنده ، فإن نكل عن اليمين ، أجبره القاضى على بيان المدعى به ، لأن نكوله يعد قرينة على صدق المدعى فى دعواه ، ومن هنا ينبغى أن تصح الدعوى بالمجهول ، لظهور فائدتها[٢].

والـثانى : أن الفقهـاء قد اتفقوا على قبول الإقرار بالمجهول ، وهذا يقتضى أن تقـبل الدعـوى بالمجهول ، حتى يمكن الإلزام بالإقرار ، وذلك لأنه لو لم تقبل الدعوى بالمجهول ، لما أمكن إلزام من أقر بمجهول بتفسير ما أقربه ، بذكر مبلغه وجنسه وصفته وغير ذلك ، ولما أمكن إلزامه بإعطائه للمقر له[٣] .

---

[١] رواه الأئمـة : مسلم فى صحيحه كتاب الإيمان باب (٦١) وعيد من اقتطع من مسلم بيمين فاجرة بالنار ٢/١٥٩ (٢٢٣ / ١٣٩) ، وأبـو داود فى صـحيحه كتاب الأيمان والنذور باب فى من حلف يميناً ليقتطع بها مال أحد ٣/٢٢١ (٣٢٤٥) ، وأحمد فى مسنده ١٥/٤٢٦ ، ٥/٢١١ ، ٢١٢ .

[٢] تبصرة الحكام ١/١٤٥ ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٨/١٢٠، شرح الزرقانى ٧/١٣٥ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤/١٤٤ ، شرح منح الجليل ٧/١٦٩ ، تهذيب الفروق ٤/١٥٧ ، نتائج الأفكار ٨/١٥٨ .

[٣] شرح الخرشى ٧/١٥٤ ، تهذيب الفروق ٤/١٥٧ ، شرح الزرقانى ٧/١٣٥ ، ١٣٦ .

والثالث : أنه لو وجد إنسان وثيقة فى تركة مورثه ، أو أخبره عدل بحق له ، فـــالذى عليه المالكية والشافعية ، جواز الدعوى بمثل هذا ، والحلف بمجرده ، مع أن هذه الأســـباب – الوثـيقة أو خـــبر العدل – لا تفيد إلا الظن . فإن أراد من اشترط معلومية المدعى به ، أن العلم فى نفس الأمر عند المدعى ، فليس كذلك . وإن أرادوا أن التصريح بالظـــن يمنع صحة الدعوى ، والسكوت عنه لا يقدح في صحتها ، فهذا مانع ؛ لأن عدمه شـــرط . وأيضـــاً فمـــا جـــاز الإقدام معه ، لا يكون التصريح به مانعاً ، كما لو شهدوا بالاستفاضةً وبالسماع وبالظن فى الفلس وحصر الورثة ، وصرح بمستنده فى الشهادة ، لم يكن ذلك قادحاً على الصحيح ، فكذلك هاهنا[١] .

أدلة المذهب الثانى :

اســـتدل أصحاب المذهب الثاني على اشتراط معلومية المدعى به لصحة الدعوى بالسنة والمعقول :

أما السنة : فمـــا روى عـــن أم ســـلمة[٢] رضى الله عنها قالت : جاء رجلان يختصمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مواريث بينهما قد درست ، ليس بينهما بيـــنة . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " **إنكم تختصمون إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإنما أنا بشر ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، وإنما أقضى بينكم على نحو مما أسمع . فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع لـه قطعة من النار ، يأتى بها أُسطاماً فى عنقه يوم القيامة » . فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما : حقى لأخى** . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "**أما إذا قلتما فاذهبا فاقتسما، ثم توخيا الحق ، ثم استهما، ثم ليحلّل كل واحد منكما صاحبه**"[٣]

---

[١] الفروق للقرافى ٤ / ١٥٤ .

[٢] هـــى أم المؤمنين هند بنت أبي أمية بن المغيرة ، زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وبنت عم خالد بن الوليد رضى الله عنه . ولدت سنة ٢٨ ق هـــ . وكانت ممن بكرن بالإسلام ، وهي أول من هاجرت إلى الحبشة وكانت حينئذ تحت أبي ســـلمة بـــن عبد الأسد المخزومى رضى الله عنه ، وأيضاً هي أول مهاجرة إلى المدينة . لها آراء تدل على أنها كانت ناضجة العقـــل ثاقـــبة الفكر ، كإشارتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الحديبية بأن يبدأ بنحر هديه ليقتدى به أصحابه ، فعمل بمشورتها ونجحت فكرتها . روت عن النبى صلى الله عليه وسلم ٣٧٨ حديثاً . وتوفيت بالمدينة سنة ٥٩ هـــ – وقيل سنة ٦٢ هـــ. ودفنت بالبقيع . (سير أعلام النبلاء ٢٠١/٢ ، أسد الغابة ٣٤٠/٦ ، الإصابة ٢٤٠/٨ ، تهذيب التهذيب ٤٥٥/١٢)

[٣] رواه الأئمـــة : أحمد وأبو داود وابن ماجة . قال الشوكانى : " وفى اسناده أسامة بن زيد بن أسلم المدنى ، مولى عمر ، قال النسائى وغيره : ليس بالقوى . وأصل هذا الحديث فى الصحيحين " قلت : وفى الموطأ ومسند الإمام الشافعى أيضاً .

وجه الدلالة من هذا الحديث : أنه يبين وجوب كون المدعى به معلوماً ، حتى يتمكن القاضى من إلزام المدعى عليه به ، لأن حكمه يترتب على تحرير الدعوى ، وبيان طلبات المدعى ، وذلك مأخوذ من قوله صلى الله عليه وسلم: **"وإنما أقضى بينكم على نحو مما أسمع"** [1] ، فأفاد بذلك عدم مشروعية الدعوى بالمجهول .

وهذا استدلال ضعيف ، يمكن مناقشته بأن الحديث ليس فيه دليل على مدعاهم ، فقوله صلى الله عليه وسلم :" **وإنما أقضى بينكم على نحو مما أسمع** " لا يدل على وجوب كون المدعى به معلوماً ، وإلا لما سمع النبى صلى الله عليه وسلم دعوى الحضرمى رغم خلوها من بيان المدعى به بياناً يفيد العلم به . وإنما هو يدل على وجوب أن يقضى القاضى بما سمع من أدلة الخصوم وحججهم على دعاويهم ؛ بدليل قوله صلى الله عليه وسلم فى نفس الحديث : **"وإنما أنا بشر ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض"** وهذا الفهم للحديث هو الذى يجب أن يصار إليه ، جمعاً بين هذا الحديث والحديث الذى استدل به أصحاب المذهب الأول .

وأما المعقول فمن أربعة وجوه :

أحدها : أن فائدة الدعوى أو المقصود بها ، هو القضاء بما تضمنته للمدعى على المدعى عليه ، إن أثبته المدعى ، وذلك يستدعى العلم بالمدعى به ، إذ القضاء بالمجهول لا يصح ، لأن فى القضاء إلزاماً للمدعى عليه برد الحق إلى صاحبه ، ولا

= (مسند الإمام أحمد ٣٢٠/٦ ، سنن أبي داود كتاب الأقضية باب فى قضاء القاضى إذا أخطأ ٣٠١/٣ (٣٥٨٣) ، سنن ابن ماجة كتاب الأحكام باب قضية الحاكم لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً ٧٧٧/٢ (٢٣١٧ ، ٢٣١٨) صحيح البخارى مع الفتح كتاب الشهادات باب من أقام البينة بعد اليمين ٣٤٠/٥ (٢٦٨٠) ، كتاب الأحكام باب من قضى له بحق أخيه فلا يأخذه ١٨٤/١٣ (٧١٨١) ، مسلم بشرح النووى كتاب الأقضية باب ٣- ٤/١٢ (١٧١٣/٤) ، الموطأ كتاب الأقضية باب الترغيب فى القضاء بالحق ٧١٩/٢ (١) ، مسند الإمام الشافعى ص ١٥٠ ، نيل الأوطار ٥/ ٢٥٣) . وقوله : " **ألحن** " أى افطن وأعرف . ويجوز أن يكون معناه : أفصح تعبيراً عن حجته وأظهر احتجاجاً ، فربما جاء بعبارة تخيل إلى السامع أنه محق ، وهو فى الحقيقة مبطل . قاله الشوكانى وقال : " والأظهر أن يكون معناه أبلغ كما فى رواية الصحيحين أى أحسن إيراداً للكلام . وقوله " **أسطاماً** " الأسطام : المسعار ، والمراد هنا : الحديدة التى تسعر بها النار . أى يأتى يوم القيامة حاملاً لها مع أثقاله . (نيل الأوطار ٢٥٣/٥) .

(١) منار السبيل لابن ضويان ٣٢١/٢ ، الفقه الحنبلى الميسر د. وهبة الزحيلى ٤/ ٢٩٤ ط ١ دار العلم دمشق سنة ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧.

إلــزام مــع الجهالة ، لأنه لا يوجد شئ يمكن الإشارة إليه أو الحكم به ، أو يقال عنه إنه للمدعى . وبالتالي فلا يتحقق مقصود الدعوى بدون العلم بالمدعى به[١] .

والثاني : أن صحة الشهادة مرهونة بمطابقتها للدعوى ، فإذا كان المدعى به فى الدعــوى مجهــولاً، فلا تصح إقامة البينة عليها ، لأنها لا تصح على المجهول ، فتكون الدعوى بالمجهول غير صحيحة[٢].

وقــد نوقــش الاستدلال بهذيــن الوجهين : بأنه لا يلزم من عدم صحة القضاء بالمجهول والشهادة على المجهول ،رفض دعوى المجهول ، لأن الدعوى كما تثبت بالبينة تثبت أيضاً بالإقرار ، فإن لم يتصور ثبوت الدعوى بالبينة ، فإنه يتصور ثبوتها بالإقرار . وقــد ثبــت أن الإقرار بالمجهول مقبول . فلو فرض وأجاب المدعى عليه بالإقرار بعد قــبول الدعــوى ، فإنــه يمكن الإلزام عليه فى المجهول أيضاً ، لكونه مؤاخذاً بإقراره ، فيلزمه تفسير ما أقربه ، بذكر مبلغه وجنسه وصفته وغير ذلك ، ويحكم عليه به . وعلى ذلك فينبغي أن تصح الدعوى فيه ، لظهور فائدتها .

فإن قيل : إن إقرار الخصم محتمل ، فلا يتحقق الإلزام فى دعوى المجهول ، بل يحتمل.

أجيــب :بــأن المــراد بتحقق الإلزام الذى عد فائدة الدعوى ، إمكان تحققه دون وقوعه بالفعل ، وإلا يلزم أن لا تتحقق الفائدة فى كثير من دعاوى المعلوم أيضاً ، كما إذا عجــز المدعى عن البينة ولم يقر الخصم بما ادعاه ، بل أنكر وحلف ، إذ حينئذ لا يمكن الإلزام بالفعل قطعاً[٣].

هــذا إذا أقــر . أما إنأنكر، فإنه يتوجه عليه اليمين لنفى دعوى صاحبه ، وفى هذه الحالة ربما كان لعلمه بتوجيه اليمين عليه أثره فى إقراره بما للمدعى عنده من حق ،

---

[١] المبسوط للسرخسي ١٧ /٣٠ ، تبين الحقائق ٢٩١/٤ ، البدائع ٣٣٩/٦ ، الهداية ١١٥٥/٣ ، البناية للعيني ٣٨٩/٨ ، الاختــيار لتعلــيل المختار ١١٠/٢ ، الأصول القضائية للشيخ على قراعة ص ٧ ، درر الحكام لعلى حيدر ١٦٠/١٤ ، تهذيب الفروق ١٥٦/٤ ، الحاوي الكبير للماوردى ٣٠٩/١٧ ، البيان للعمراني ١٥٣/١٣ ، العزيز للرافعى ١٥٦/١٣ ، المغــنى ٤٤٩/١١ ، الشرح الكبير مع المغنى ٤٣٦/١١ ، منار السبيل لابن ضويان ٣٢١/٢ ، السيل الجرار للشوكانى ٤/ ١٤٢ ، فقه الإمام جعفر ٧٩/٦ ، شرح كتاب النيل لابن أطفيش ٣٧٨/١٣ .

[٢] المراجع والمواضع السابقة .

[٣] نتائج الأفكار – تكملة فتح القدير – ١٥٨/٨ .

فـــإن نكل عن اليمين ، عد ذلك قرينة على صدق المدعى فى دعواه ، وأجبر الناكل على البيان ولو بالحبس(١).

وقــد أجاب بعض الباحثين المعاصرين عن هذه المناقشة : بأنها تكون مقبولة إذا نـــيط قبول الدعوى بفائدتها ، وإمكان إلزام المدعى عليه بشىء فيها ، غير أنه من المؤكد أن الفقهـــاء لم يربطوا قبول الدعوى بما فيها من الفائدة للمدعى من حيث الوجود ، وإن كانوا قد ربطوها بها من حيث العدم ، وهذا يعنى أن تحقق الفائدة فى الدعوى لا يقتضى صحتها وقبولها. نعم عدم تحققها يقتضى فساد الدعوى ، لأنها شرط فيها ، وهذا هو شأن الشـــروط . ولكن الفقهاء ناطوا صحة الدعوى بشروط كثيرة ينبغى تحققها جميعاً ، حتى تكون الدعوى مقبولة ، فإن فقدت أو فقد أحدها ، ردت الدعوى أو طلب إكمال النقص من المدعى ، وذلك حتى ولو كانت مفيدة ومن ذلك مثلاً : ما قال به الحنيفة والمالكية من عدم سماع الدعوى بحق من الحقوق إذا تقادم عليه الزمن . وما قالوا به هم وغيرهم من عدم سماع الدعوى من غير ذى أهلية . وما ذهب إليه كثير منهم من عدم صحة رفع الدعوى علـــى القاضى بأنه ظَلَمَ ، أو على الشهود بأنهم كَذَبوا ، رغم أن كل هذه الدعاوى لا شك فيها فائدة لمدعيها لو أقر خصومهم . ومع ذلك فإنها لا تسمع ، لنقضها من شروط أخرى ولاعتبارات أخرى(٢).

ويمكـن أن يـرد علـى هـذا الجـواب : بأنه اجتهاد فى مقابلة نص ، وهو غير صـــحيح ، وذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد سمع دعوى الحضرمى ، الخالية من بـــيان المدعى به بياناً يحصل به العلم به ، ولم يطلب منه صلى الله عليه وسلم أن يكمل الـــنقص الذى شاب دعواه ، فلو كان العلم بالمدعى به شرطاً لصحة الدعوى ، لما سمعها النبى صلى الله عليه وسلم من الحضرمى ، ولنبهه على ذلك .

ثم إن ربط الفقهاء قبول الدعوى بشروط أخرى غير الفائدة التى يمكن أن تتحقق للمدعـــى ، لا يقتضى بالضرورة توقف قبول الدعوى على توافر هذه الشروط مجتمعة ، حتى ولو كانت هناك فائدة مرجوة منها للمدعى ، ذلك أن الفقهاء لم يجتمعوا على شروط معينة ينبغى توافرها لقبول الدعوى ، وإنما اشترط كل مذهب شروطاً قد تتفق أو تختلف

---

(١) ففي تهذيب الفروق ١٥٧/٤ :" وقال المازرى : تسمع الدعوى بالمجهول . قال البساطى : وهو الصواب ، لقولهم : يلزم الإقـــرار بـــالمجهول ، ويؤمـــر بتفسيره . فكذلك هذا يؤمر بالجواب ، لعله يقر فيؤمر بالتفسير ويسجن له " . ونحو هذا فى الحاوي الكبير ١١/٧ ، المغنى ٣١٣/٥ .

(٢) د. محمد نعيم ياسين – نظرية الدعوى ٣٤٤/١ ، ٣٤٥ .

في العدد والمضمون والهدف مع شروط المذاهب الأخرى ، بل إن الفقهاء في داخل كل مذهب لم يتفقوا على شروط معينة ، ويعتمدوها لقبول الدعوى . فأي تلك الشروط ينبغي توافرها حتى تقبل الدعوى ؟ لاشك أننا مضطرون أمام هذه الاختلافات إلى استبقاء ما يؤيده الدليل منها ، وما يتحقق معه الهدف من الدعوى . وقد تأيد بالدليل عدم اشتراط هذا الشرط ، كما أن اشتراطه لا يحقق الهدف من الدعوى ، بل إن في إلغائه تحقيقاً لهذا الهدف ، فإن الهدف من الدعوى ، هو حماية الحق وصيانته وحفظه ، حتى يصل إلى ذويه عن طريق القضاء ، ولا شك أن في إقرار الدعوى بالمجهول تحقيقاً لهذا الهدف ، لأن كثيراً من الناس يجهلون قيمة حقوقهم عند أقرب الناس إليهم ، فيكيف لو كانت عند غير الأقربين[1].

وفي هذا الزمان بالذات ، الذي انتشرت فيه سبل إخفاء الأموال عن أقرب الناس إلى الإنسان ، فلو افترضنا أن رجلاً قام بإيداع أمواله لدى أحد البنوك في حساب سري ، أو لدى أحد الناس واستكتمه عن بيان مقداره ، ثم مات هذا المودع ، وأبى البنك أو الوديع أن يدفع المال للورثة ، وأراد الورثة رفع دعوى على البنك أو على الوديع ، فحينئذ يكون في اشتراط معلومية المدعى به ، وتكليف المدعي ببيانه ، تضييع لحقه ، وإهدار لمصالحه الخاصة ، وهذا ظلم كبير ، وقد نهى الشارع عن الظلم ، وتوعد عليه بالعقاب الأليم .

ولهذه العلة ، قَبِل بعض الفقهاء دعوى الغصب إذا لم يبين المدعي قيمة العين المغصوبة ، وقال : غصبت مني عين كذا ،ولا أدري أهو هالك أم قائم ،**ولا أدري كم كانت قيمته** ؟ فقالوا بأن هذه الدعوى تسمع ، لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله ، فلو كلف ببيان القيمة ، لتضرر به ، إذ يتعذر الوصول إلى حقه ، وإذا سقط بيان القيمة عن المدعي ، سقط عن الشهود بالطريق الأولى ، ....

---

[1] يقول قاضي زادة – رحمه الله – معقباً على من قصروا جواز دعوى المجهول على دعوى العين الغائبة ، بحجة أن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله ، فلو كلف ببيان القيمة لتضرر به :" إن مثل تلك العلة المذكورة ، يتحقق في غير تلك الصورة أيضاً من صور دعوى المجهول ، كما إذا كان لمورث رجل ديون في ذمم الناس ولم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها ، أو لم يعرف أحدهما ، فلو كلف ذلك الوارث في دعوى تلك الديون على المديون بيان جنسها أو قدرها ، لتضرر به ، إذا الإنسان ربما لا يعرف قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال في يد مورثه ، فضلاً عن أن يعرفهما عند كونه في ذمم الناس ، فينبغي أن تصح دعوى مثل تلك الديون المجهولة مثل ما قيل في صحة دعوى الأعيان الغائبة المجهولة " (نتائج الفكار ١٦٠/٨) .

لأنهم أبعد عن ممارسته[١].

وهذه العلة موجودة فى كل صور دعوى المجهول . فينبغى أن تصح ، وبهذا يعلم أن جواب هذه المناقشة لا وجه له .

الوجه الثالث من وجوه استدلال أصحاب المذهب الثانى بالمعقول : أن شرط المعلومية ، يحول دون وقوع مفاسد كثيرة ،إذ إنه لو فتح باب الدعوى بالمجهول ، لكان فى ذلك فتح لباب كبير يدخل منه من لم يهذب نفوسَهم الإيمانُ والخوفُ من الله تعالى ، لتحقيق نزعة شريرة عندهم ، ولكان فيه إرهاق لكاهل القضاء والقضاة ، بما يكلفونه من البت فى قضايا مبهمة[٢].

وهذا الاستدلال أيضاً يمكن مناقشته : بأنه استدلال ضعيف ، وبيان ضعفه من وجهين:

أحدهما : أن شرط المعلومية لا يحول دون وقوع مفاسد كثيرة ، لكن العكس هو الصحيح ، ففى إغلاق باب القضاء أمام من يجهل حقه عند غيره وهو موقن به ، تشجيع لهؤلاء البغاة الطغاة الظلمة ، الذين يستحلون لأنفسهم ما حرمه الله تعالى عليهم ، على السير فى طريقهم ، وتحقيق أهدافهم من أكل أموال الناس بالباطل ، دون أن يتحرك فيهم وازع من إيمان أو أثارة من ضمير ، وما أكثرهم فى هذه الأيام . فمن ذا الذى سيعين المدعى صاحب الحق على تحديد مالَهُ من حق لدى أمثال هؤلاء ، حتى تقبل دعواه عليهم بطلب هذا الحق ؟ وما هي النتيجة لو رفضت دعوى هذا الرجل ، لجهله بحقه لدى المدعى عليه ؟ أليس فى ذلك هضم لحق هذا الرجل وتضييع لمصلحته وإضرار به ؟ لا شك فى ذلك . وعليه فلا بد من إزالة هذا الضرر ، حيث " لا ضرر ولا ضرار "[٣] وإزالته لن تتم إلا بعدم اشتراط هذا الشرط .

ثانيهما : أنه لم يترتب على تقرير الدعوى بالمجهول إرهاق لكاهل القضاء والقضاة ؛ لأن كل ما هو مطلوب من القاضى إزاء هذه الدعوى ، هو استدعاء المدعى عليه ، ومطالبته بالجواب . فإن أنكر ، حلفه القاضى على نفى دعوى صاحبه . وإن نكل

---

(١) تبيين الحقائق ٢٩٢/٤، نتائج الأفكار ١٦٠/٨، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢١٨ ط ١ دار الكتب العلمية – بيروت– سنة ١٤١٣هـ – ١٩٩٣م ، حاشية رد المحتار ٢٥٢/٨ ، قرة عيون الأخيار ٤٥٤/١ ، درر الحكام ١٧٠/١٤ ، شرح المجلة لسليم رستم باز ٩١٦/٢ .

(٢) د. محمد نعيم ياسين – نظرية الدعوى ٣٤٥/١ .

(٣) سبق تخريجه فى ص ٨٨ .

عـــن اليمين أو أقر بالحق ، أمره بتفسيره ، حتى يحكم عليه به للمدعى ، فإن امتنع عن تفســيره بعد إقراره به ، أجبره القاضي على ذلك ولو بالسجن[1]. وهذا الإجراء هو الذى يــتخذه القاضى فى دعوى غصب المجهول ، المقبولة عند بعض الفقهاء ، حيث قالوا : " إن فــائدة صحة مثل هذه الدعوى رغم ما بها من جهالة فاحشة للمدعى به ، توجه اليمين على الخصم إذا أنكر ، والجبر على البيان إذا أقر أو نكل عن اليمين "[2] .

وإذا كـان ذلـك كذلـك ، كــان تخصيص دعوى غصب المجهول وما يشبهها بالقبول لا معنى له ، لأن الفائدة المتحصلة فى قبولها ، مرجوة أيضاً فى كل صور دعوى المجهــول يقول قاضى زادة – **رحمه الله** – : " يرد عليه – أى على من خصص دعوى غصــب المجهــول وما يشبهها بالقبول – أن ما ذكره من الفائدة ، جار فى جميع صور دعوى المجهول ، ديناً كان أو عيناً ، فيقتضى صحة دعوى المجهول مطلقاً"[3] .

الوجـه الــرابع من وجوه الاستدلال بالمعقول : أن كثيراً من الفقهاء قالوا برفض الدعوى إذا سبق من رافعها ما يقدح فى ثبوتها ، ما لو تناقض المدعى فى دعواه مع كلام كـــان قد صدر منه سابقاً ، ولا شك أن الدعوى بالمجهول تعتبر من هذا القبيل ، ذلك لن جهل المدعى بكل ملامح ما يدعيه ، يقدح فى احتمال ثبوته[4] .

ويمكـن مناقشـة هذا أيضاً : بأن جهل المدعى بكل ملامح ما يدعيه لا يقدح فى احتمال ثبوته ، لأن الدعاوى المرفوضة لعدم احتمال ثبوتها ، إنما هى الدعاوى المستحيلة ، ولــيس مــنها دعوى المجهول ، إذ قد يكون المدعى به موجوداً ، لكن المدعى يجهله لسبب أو لآخر – كما مر بيانه[5] – ويتوقف ثبوته على رفع الدعوى ، ومن خلاله يثبت الحق . فلو رفضت هذه الدعوى ، لما ثبت هذا الحق ، ولما وصل إلى صاحبه .

---

(1) الشـــرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٠٥/٣ ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٢٣٤/٧ ، تهذيب الفروق ١٥٧/٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠٠ ، الحاوى الكبير ١١/٧ ، مغنى المحتاج ٣٤٢/٢ .

(2) نـــتائج الأفكار ١٦٠/٨ ، تبيين الحقائق ٢٩٢/٤ ، حاشية رد المحتار ٢٥٤/٨ ، درر الحكام ١٧٠/١٤ ، شرح المجلة لسليم رستم باز ٩١٦/٢ .

(3) نتائج الأفكار ١٦٠/٨ .

(4) د . محمد نعيم ياسين – نظرية الدعوى ٣٤٥/١ .

(5) ف ص ١٣٣.

المذهب المختار:

بعد هذا العرض لمذهبي الفقهاء في مدى لزوم معلومية المدعى به لصحة الدعوى ، وأدلتهما ومناقشتها مناقشة بعيدة عن التحيز ،أراني أميل إلى ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول،مـــن القول بعدم اشتراط معلومية المدعى به لصحة الدعوى ، لقوة أدلتهم وصحتها وسلامتها من المعارضة الراجحة والمناقشة المفندة ، وضعف أدلة المخالفين ، ولما يلي :

أولاً : أن في العمل بهذا الرأي جمعاً بين الحديثين الشريفين الصحيحين – حديث الحضـــرمي ، وحديث أم سلمة[1] . فإعمال الكلام أولى من إهماله ، كما هو معروف في كتب الأصول ، ولن يتحقق هذا الجمع ، إلا بالعمل بهذا الرأي .

ثانياً : أن فـــي الأخذ بهذا الرأي احتياطاً وتحوطاً لأصحاب الحقوق ، حتى لا تضـــيع علـــيهم حقوقهم ، لأسباب لا يدلهم فيها ، فواجب الحاكم أن يقف بجوار هؤلاء ، حتى تظهر حقوقهم ، وتخلص لهم من أيدي الناهبين المعتدين ، ولا يجوز للحاكم أن يغلق بابـــه دون أمثال هؤلاء ، حتى لا ينطبق عليه هذا الوعيد الشديد ، الذي ورد في الحديث الشريف القائل : **"من ولاه الله شيئاً من أمور المسلمين فاحتجب دون حاجتهم وخلتهم وفقـرهم ، احتجب الله دون حاجـته وخلته وفقـره يـوم القـيامة"** [2] . ولئن كان هذا الوعـــيد معداً لمن يغلق بابه دون ذوي الحاجة والخلة والفقر ، فإن انطباقه على من يغلق بابـــه دون أصحاب الحقوق يكون من باب أولى ، خاصة وأن الحاكم لن يتكلف شيئاً في البحـــث لهؤلاء عن حقوقهم ، إلا ما سبق بيانه من إجراءات يسيره يقوم باتخاذها ، وهو عليها قادر .

---

(١) السابق نصهما وتخريجهما في ص ١٢٧ ، ١٢٨ ، ١٢٩ .

(٢) رواه بهذا اللفظ عن أبي مريم الأزدي أبو داود في كتاب الخراج والإمارة والفيء ، باب فيما يلزم الإمام من أمور الرعية ١٣٥/٣ (٢٩٤٨) ، والبيهقي في كتاب آداب القاضي باب ما يستحب للقاضي من أن يقضي في موضع بارز للناس ١٠١/١٠ والحـــاكم في كـــتاب الأحكـــام باب إن الله مع القاضي ما لم يجر ٩٣/٤ ، ٩٤ وصححه . ووافقه الذهبي في التلخـــيص ٩٣/٤ ، ٩٤ . وصـــححه الألباني أيضاً . (سلسلة الأحاديث الصحيحة ٢٠٥/٢ ، ٢٠٦ (٦٢٩) مكتبة المعـــارف – الرياض سنة ١٤١٥ هـــ) . ورواه الإمام أحمد عن عمرو بن مرة بلفظ " **ما من إمام أو وال يغلق بابه دون ذوي الحاجة والخلة والمسكنة إلا غلق الله أبواب السماء دون حاجته وخلته ومسكنته** "(المسند ٢٣١/٤) ورواه الحـــاكم أيضاً عن هذا الصحابي بلفظ قريب وصححه الذهـــبي . (المستدرك والتلخيص – الموضع السابق) .

ثالثاً : أن فى العمل بهذا الرأى استنقاذاً لأهل الفسق والضلال ، الذين يؤثرون أكــل أموال الناس بالباطل ، من غيهم وضلالهم ، ومن دخولهم جهنم فى آخرتهم ، فربما كان لدعوة القاضى لهم واستجوابهم عن هذه الدعاوى المرفوعة عليهم ، أثر فى إقرارهم بما عليهم ، وكشفهم عن حقيقة الأمر ، خاصة إذا علموا أنهم سيحلفون على نفى دعاوى المدعين إن أنكروها ، أو علموا أنهم سيحبسون إن أقروا بالحق ولم يبينوه .

ولا عجــب فى ذلك ، فقد ورد فى الحديث : "**عجب الله من قوم يدخلون الجنة فــى السلاسل**"[1] . وهــذا الحديــث وإن ورد فى شأن الأسارى الذين يقدم بهم إلى بلاد الإســلام ، فــى الوثــائق والأغلال ، والقيود والأكبال[2] ثم بعد ذلك يسلمون ، وتصلح أعمالهم وسرائرهم ، فيكونون من أهل الجنة . كما قال العلماء[3] .

إلا أنه لا مانع من أن ينسحب هذا المعنى على المسلم الفاسد الضال ، الذى يكتم مــا لغــيره من حق لديه ، مستغلاً فى ذلك جهل صاحب الحق به ، فيؤخذ بإحضاره إلى المحاكم وتوجيه اليمين عليه إذا أنكر ، أو حبسه إن أقر ولم يبين أو نكل عن اليمين ، لعل ذلــك يكــون سبباً فى صلاحه واعترافه بحق المدعى ، فيخلص عمله وسريرته ، وينجو بذلك من هذا العقاب الوخيم الذى ينتظره ، والذى أخبر عنه الرسول صلى الله عليه وسلم بقو له : "**مـن أخـذ شبرا من الأرض ظلماً ، طُوِّقه إلي سبع أرضين**" [4] . والمعروف أن الله تعالى يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن .

---

[1] رواه البخارى فى صحيحه عن أبى هريرة رضى الله عنه بهذا اللفظ .وبلفظ **﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس﴾** قال " **خير الناس للناس ، تأتون بهم فى السلاسل فى أعناقهم حتى يدخلوا فى الإسلام** " . ورواه الإمام أحمد عن أبى أمامة رضى الله عنه قال : " ضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقلنا ما يضحكك يا رسول الله ؟ قال: " **عجـب الله مـن قوم يقادون فى السلاسل إلي الجنة** " (صحيح البخارى مع الفتح كتاب الجهاد والسير باب الأســارى فى السلاســل ١٦٨/٦ (٣٠١٠) ، كتاب التفسير باب كنتم خير أمة أخرجت للناس ٧٢/٨ (٤٥٥٧) ، مسـند الإمام أحمد ٢٤٩/٥) .

[2] الأكبال جمع كبل . والكبل هو القيد من أى شيء كان . (المعجم الوجيز ص ٥٢٦) .

[3] فتح البارى ١٦٨/٦ ، تفسير ابن كثير ٣١١/١ .

[4] رواه الإمــام أحمد والشيخان عن عروة بن الزبير أن سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل رضى الله عنه خاصمته أروى بنت أوس ، إلى مــروان بن الحكم ، وادعت أنه أخذ شيئاً من أرضها ، فقال سعيد : أنا كنت آخذ من أرضها بعد الذى سمعت مــن رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : ماذا سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال سمعت رسول الله صلى الله علــيه وســلم يقول : " **من أخذ شبراً من الأرض ظلماً ، طوقه إلي سبع أرضين**". فقال مروان : لا أســألك بيــنة بعد هذا . فقال سعيد : اللهم إن كانت كاذبة فأعم بصرها واقتلها فى أرضها . قال : فما ماتت حتى ذهب بصــرها ، وبينما هى تمشى فى أرضها ، إذ وقعت فى حفرة فماتت . — وفى رواية لمسلم — عن محمد بن زيد بن عبد الله بن عمر بمعناه وأنه رآها عمياء تلتمس الجدر ؟، تقول : أصابتنى دعوة سعيد ، وأنها مرت على بئر فى الدار التى خاصمته فيها ، فوقعت فيها وكانت قبرها . (مسند الإمام أحمد ٤٣٢/٢ ، صحيح البخارى مع الفتح ، كتاب المظالم باب إثم من ظلم شيئاً مــن الأرض ١٢٣/٥ (٢٤٥٢) ، كــتاب بدء الخلق باب ما جاء فى سبع أرضين ٣٣٨/٦ (٣١٩٨) ، صحيح مسلم بشرح النووى كتاب المساقاة باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها ٤٨/١١، ٤٩ ، ٥٠ (١٦١٠/١٣٧) ، ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٦١١) ، ريــاض الصالحين للإمام النووى ص ٤٧٩ ، ٤٨٠ (١٥١٤) تحقيق الشيخ محمد ناصر الدين الألبانى — المكتب الإسلامى — بيروت —) .

رابعاً : أن المتتبع لكثير من الأقضية التى كانت تعرض على الحكام فى عصور الإسلام الأولى ، يلحظ أنهم كانوا يتخففون من هذا الشرط ، ولا يلزمون المدعى ببيان ما يطالـــب بـــه على وجه التحديد ليتحقق العلم بالمدعى به ، بل إنهم كانوا يقبلون الدعاوى ويصدرون فيها أحكاماً وإن لم يذكر المدعون شيئاً يبين معالم ما يدعون .

ومـن ذلـك : ما حكاه الإمام الماوردى[(١)] عن خامس الخلفاء الراشدين عمر بن عـبد العزيـز رضى الله عنه أنه خرج يوماً إلى الصلاة ، فصادفه رجل ورد من اليمن متظلماً **فقال** :

تَدَعون حيران مظلوماً ببابكمُ .. فقد أتاك بعيدُ الدار مظلومُ .

فقـال : مــا ظــلا مــتك ؟ فقال: غصبني الوليد بن عبد الملك ضيعتي . فقال: يامراجم ، ائتني بدفتر الصوافى . فوجد فيه : أصفى عبد الله الوليد بن عبد الملك ضيعة فلان .فقال: أخرجها من الدفتر ، وليكتب برد ضيعته إليه ، ويطلق له ضعف نفقته[(٢)].

فقد قبل رضى الله عنه دعوى الرجل وحقق فيها على الفور، دون أن يطلب منه تصــحيح دعواه ببيان حدود هذه الأرض التى يدعيها ومقدارها ومعالمها وما إلى ذلك ، ولما تبين له صدق المدعى فى دعواه ، قضى له برد ضيعته عليه ، وضِعف نفقته .

وأيضاً ما حكاه الإمام الماوردى عن الخليفة المأمون[(٣)]. رضى الله عنه أنه كان يجلــس للمظالم فى يوم الأحد ، فنهص ذات يوم من مجلس نظره ، فلقيته امر ة فى ثياب رثّة **فقالـــــت** :

---

(١) هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري ، الفقيه الشافعي . أخذ الفقه عن أبي القاسم الصيمرى بالبصرة ، ثم عن الشيخ أبي حامد الإسفرايينى ببغداد ، وغيرهما ، قال الخطيب : " كان ثقة من وجوه الفقهاء الشافعيين . وله تصانيف عدة فى أصـــول الفقـــه وفروعه وفى غير ذلك وكان ثقة وولى القضاء ببلدان شتى ثم سكن بغداد " من مؤلفاته : " الحاوي " " وتفســـير القرآن الكريم " و " النكت " و" العيون " و " أدب الدنيا والدين " و" الأحكام السلطانية " وغيرها . وتوفى رحمه الله سنة ٤٥٠هـــ عن عمر بلغ ٨٦ سنة ، ودفن بباب حرب . و الماوردى نسبة إلى بيع الورد . (وفيات الأعيان ٢٨٢/٣ ، شــذرات الذهب ٨٥/٣ ، طبقات المفسرين للداوودى ٤٢٧/١ ط ١ دار الكتب العلمية – بيروت – طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٣٠/١ (١٩٢) ط عالم الكتب – بيروت – ، تاريخ بغداد ١١/ ١٠٢) .

(٢) الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردى ص ٨٦ – دار ابن خلدون – الاسكندر ية – .

(٣) هـــو عبد الله بن هارون بن المهدى بن المنصور بن على بن عبد الله بن عباس رضى الله عنه ولد سنة ١٧٠هـــ . وولى الخلافة بعد خلع أخيه الأمين سنة ١٩٨هـــ ، وتوفى سنة ٢١٨هـــ . وكان سابع الخلفاء من بنى العباس فى العراق ، ،أحد أعـــاظم الملـــوك في سيرته وعلمه وسعة ملكه . نفذ أمره من إفريقية إلى أقصى خراسان وما وراء النهر والسند . وعرفه المـــؤرخ ابـــن دحية " بالإمام العالم المحدث النحوي اللغوي ". وكان مهتما بترجمة كتب العلم والفلسفة . وله من الكتب : كـــتاب جواب ملك البر غر فيما سأل عنه من أمور الإسلام والتوحيد ورسالة في حجج مناقب الخلفاء بعد النبي صلى الله عليه وسلم ورسالة في أعلام النبوة .(الأعلام ١٤٢/٤ ، تاريخ بغداد ١٨٣/١٠ ، الكامل في التاريخ لابن الأثير ٤٣٢/٦).

يا خير منتصف يُهدى له الرشدُ ... ويا إماماً به قد أشرق البلدُ

تشكو إليك عميدَ المُلك أرملــةٌ ... عَدَا عليها فما تقوى به أسدُ

فابتز منها ضياعاً بعد منعتها... لما تفرق عنها الأهل والولدُ

فأطرق المأمون يسيراً ثم رفع رأسه وقال :

مِن دون ما قلت عِيلَ الصبر والجلدُ ... وأقرح القلبَ هذا الحزنُ والكمدُ

هذا أوان صلاة الظهر فانصــرفي ... وأحضري الخصم في اليوم الذي أعدُ

المجلس السبت إن يُقض الجلوسُ لنا ... أُنصفْك منه وإلا المجلسُ الأحدُ

فانصرفت وحضرت يوم الأحد فى أول الناس . فقال لها المأمون: من خصمك ؟**فقالت** : القـــائم على رأسك : العباس بن أمير المؤمنين . فقال المأمون لقاضيه يحيى بن أكثم[1] . **وقــيل** : لوزيــره أحمد بن أبى خالد[2] : أجلسها معه وانظر بينهما . فأجلسها معه ونظر بيــنهما بحضرة المأمون ، وجعل كلامهـا يعلو ، فزجرها بعض حجابه . فقال المأمون : دعهـــا فـــإن الحق أنطقها والباطل أخرسه . وأمر برد ضياعها عليها ، ففعل المأمون فى النظر بينهما حيث كان بمشهده[3].

ففــى هــذه القضية لم يرفض الخليفة المأمون رضى الله عنه الدعوى بحجة أن المدعى به غير معلوم ، ولم يطلب من المرأة بيان تلك الضياع ، التى ادعت أن ابنه عدا علــيها وغصبها منها ، وإنما سمعها رغم خلوها من هذا البيان ، وأمر قاضيه أن يحقق

---

(١) هو يحيى بن أكثم بن محمد بن قطن التميمى الأسيدى المروزى ، أبو محمد ، قاض رفيع القدر ، عالى الشهرة ، من نبلاء الفقهاء ، يتصل نسبه بأكثم بن صيفى حكيم العرب . ولد بمرو سنة ١٥٩ هـــ وولاه المأمون قضاء البصرة سنة ٢٠٢هـــ ثم قضاء القضاة ببغداد وأضاف إليه تدبير دولته فكان وزراء الدولة لا يقدمون ولا يؤخرون فى شئ إلا بعد عرضه عليه . وكان مع تقدمه فى الفقه وأدب القضاة ، حسن العشرة ، حلو الحديث . وله كتب فى " الأصول " وكتاب أورده على العراقيين سماه " التنبيه " وتوفى رحمه الله سنة ٢٤٢ هـــ (الأعلام ١٣٨/٨ ، أخبار القضاة لوكيع ١٦١/٢ ، وفيات الأعيان ١٤٧/٦ (٧٩٣)) .

(٢) هو أحمد بن أبى خالد الأحول الكاتب ، أبو العباس ، وَزَرَ للمأمون بعد الفضل بن سهل ، قال الذهبى : " وكان جواداً ممدحاً ، شهماً ، داهية ، سائساً ، زعراً " ونقل عنه قوله : " من لم يقدر على نفسه بالبذل ، لم يقدر على عدوه بالقتل " ، وتوفى رحمه الله سنة ٢١٢هـــ . (سير أعلام النبلاء للذهبى ٢٥٥/١٠ (٦٦)) .

(٣) قـــال الماوردى : ولم يباشر بنفسه ، لما اقتضته السياسة من وجهين : أحدهما : أن حكمه ربما توجه لولده ، وربما كان عليه ، وهو لا يجوز أن يحكم لولده وإن جاز أن يحكم عليه . والثانى: أن الخصم امرأة ، يجل المأمون عن محاورتها ، وابنه من جلالــة القــدر بالمكـــان الذى لا يقدر غيره على إلزامه الحق ، فرد النظر بمشهد منه إلى من كفاه محاورة المرأة فى استيفاء الدعوى واستيضاح الحجة ، وباشر المأمون رضى الله عنه تنفيذ الحكم وإلزام الحق .(الأحكام السلطانية للماوردى ص ٨٨، ٨٩) .

فـــيها ويفصل ، ونفذ قاضيه ما أمره به ، فلما تبين له أن المرأة محقه فى دعواها ، حكم لها برد ضياعها عليها .

ومـــنه أيضـاً : مـــا حكاه الماوردى عن موسى الهادي[١]، أنه جلس يوماً للمظالم ، وعمارة بن حمزة[٢] قائم على رأسه وله منزل ، فحضر رجل فى جملة المتظلمين يدعى أن عمـــارة غصـــب ضـــيعة له . فأمره الهادى بالجلوس معه للمحاكمة . فقال: يا أمير المؤمنيـــن ، إن كانت الضيعة له ، فما أعارضه فيها ، وإن كانت لى فقد وهبتها له ، وما أبيع موضعى من مجلس أمير المؤمنين[٣].

ففـى هـــذه القضية أيضاً استمع الخليفة موسى الهادى لدعوى الرجل الخالية من بـــيان ضـــيعته التى يدعى بها ، بذكر قدرها وحدودها وما إلى ذلك مما يحصل به العلم بالمدعى به ، وطلب الجواب من المدعى عليه على الفور .

ومـن كـل هـــذا يتضـح أن مـــا قال به أصحاب المذهب الأول من عدم اشتراط معلومية المدعى به لصحة الدعوى ،**هو الراجح والأولى بالقبول** ..

والله تعالى أعلم

⚘⚘⚘⚘⚘⚘

---

[١] هو موسى الهادى بن محمد المهدى بن أبى جعفر المنصور ، أبو محمد من خلفاء الدولة العباسية ببغداد . ولد بالرى سنة ١٤٤هـــ ، وولى بعد وفاة أبيه سنة ١٦٩هـــ ومات سنة ١٧٠هـــ ومدة خلافته سنة وثلاثة أشهر . قيل : إنه مات بسبب قـــرحة كانت فى جوفه . وقيل: مر بحديثة الموصل وعاد مريضاً فتوفى . وقيل : قتلته جواريه بإيعاز من أمه الخيزران . والله أعلم . (الكامل فى التاريخ لابن الأثير ٨٧/٦ وما بعدها ط ٦ دار صادر – بيروت ســنة ١٤١٥هـــ – ١٩٩٥م ، تاريخ الطبري ١٨٧/٨ تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم ط ٣ دار المعارف ، تاريخ بغداد ٢١/١٣ ، الأعلام ٢٢٧/٧).

[٢] هـــو عمارة بن حمزة بن ميمون . ولد عكرمة مولى ابن عباس . كاتب أبى جعفر المنصور ومولاه . وكان تايها ، معجباً ، كريماً ، بليغاً ، فصيحاً ، أعور . كان أبو جعفر والمهدى يقدمانه ويحتملان أخلاقه لفضله وبلاغته ووجوب حقه ، وولى لهما الأعمال الكبار ، فجمع له بين ولاة البصرة وفارس والأهواز واليمامة والبحرين له " ديوان رسائل " و" الرسالة الماهانية " و" ورســـالة الخمـــيس " وقيل" رسالة الجيش التى تقر لبنى العباس" وتوفى نحو سنة ١٦٠هـــ . (الفهرست لابن النديم ص ١٨٩ ، الأعلام للزركلى ٣٦/٥ ، صبح الأعشى للقلشندى ٣٥٢/٨ هامش (١) تحقيق د. يوسف على طويل ط ١ دار الكتب العلمية – بيروت سنة ١٤٠٧هـــ – ١٩٨٧).

[٣] الأحكام السلطانية للماوردى ص ٩٤ .

المطلب الثاني
الاستثناءات الواردة على شرط معلومية المدعى به في الفقه الإسلامي

إذا كنا قد عرفنا أن أغلب الفقهاء قد اشترطوا معلومية المدعى به لصحة الدعوى ، فإنهم لم يشترطوا هذا الشرط فى كل المسائل التى تعرض على القضاء ، وإنما استثنوا منه عدة مسائل ، قالوا فيها بصحة الدعوى مع جهالة المدعى به .

وقد حاول بعضهم وضع قواعد عامة لهذه المسائل ، ومن هؤلاء :

١- **الإمام القرافى** ، حيث قال :" بجواز الدعوى بالمجهول إذا كان المدعى معذوراً فى جهله بما يدعيـــه "[١] .

٢- **الإمام الغزى**[٢]، حيث قال : " تصح الدعوى بالمجهول إذا كان المطلوب فيـــها موقوفاً على تقدير القاضى"[٣].

٣- **الإمام الهيتمى**[٤]، حيث قال بجواز الدعوى بالمجهول إذا كان منضبطاً فى الشرع ، كالدية والغرة[٥] والممر أو مجرى الماء فى ملك الغير[٦] .

٤- **الإمام ابن قدامة**[٧] ، حيث قال بجواز الدعوى بالمجهول فيما يصح العقد عليـــه مجهولاً ، كالوصية والإقرار[٨] .

---

[١] الفروق ٧٣/٤ .

[٢] هو الإمام شرف الدين عيسى بن عثمان بن عيسى الغزى . ولد قبل سنة ٧٤٠ هـــ وقدم دمشق وله نحو عشرين سنة ، وتفقه على يد جماعة منهم شمس الدين ابن قاضى شهبة ، وعماد الدين الحسبانى وتاج الدين السبكى . وناب فى القضاء عن القاضى سرى الدين وغيره ، ودرس بالمسرورية وبالرواصية – مدرسة بناها زكى الدين ابن رواحة – وله مصنفات كثيرة مـــنها :" أدب القضاء " و" جواهر الدرر" فى الفقه و" شرح المنهاج الكبير" و" شرح صغير" و" مختصر الروضة " وغيرها . وتـــوفى – رحمه الله – سنة ٧٩٩هـــ ودفن بمقبرة باب الصغير . (طبقات الشافعية لابن قاضى شهبة ١٥٩/٣ (٦٩٢) ، شذرات الذهب ٣٦٠/٦ ، معجم المؤلفين ٢٨/٨ ، الأعلام ١٠٥/٥) .

[٣] الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠٢ ، نهاية المحتاج ٣٤١/٨ ، حاشية الجمل على شرح الأنصارى ٤١٤/٥ .

[٤] هو شهاب الدين أحمد بن محمد بن على بن حجر المكي الهيتمى السعدى الأنصارى ، شيخ الإسلام ، أبو العباس ، المولود سنة ٩٠٩هـــ ، والمتوفى سنة ٩٧٤هـــ ، فقيه باحث مصرى مولده فى محلة أبى الهيتم (من محافظة الغربية) . تلقى العلم فى الأزهر ومات بمكة ، وله تصانيف كثيرة منها :" مبلغ الإرب فى فضائل العرب " و" الجوهر المنتظم " و" الصواعق المحرقة على أهل البدع والضلال والزنادقة " و" تحفة المحتاج لشرح المنهاج " وغيرها . (الأعلام للزركلى ٢٣٤/١) .

[٥] الغرة هى الدية الواجبة بقتل جنين الحرة المسلمة . ومقدارها : غرة عبد أو أمة ، قيمتها . نصف عشر الدية – خمس من الإبل – (مغنى المحتاج ١٢٥/٤ ، ١٢٨ ، المغنى ٥٣٦/٩ ، ٥٤٠ ، ٥٤٢) .

[٦] تحفة المحتاج ٢٩٥/١٠ .

[٧] هـــو الإمـــام موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة الجماعيلى المقدسى ثم الدمشقى الحنبلى المولود فى جماعيل بـــنابلس سنة ٥٤١ هـــ ، والمتوفى بدمشق سنة ٦٢٠هـــ فقيه من أكابر الحنابلة قال ابن كثير : " إمام عالم بارع لم يكن فى عصـــره بل ولا قبل دهره بمدة أفقه منه " . وقال ابن العماد : " وكان مع تبحره فى العلوم ويقينه ، ورعا زاهدا تقيا ربانيا ، عليه هيبة ووقار ، وفيه حلم وتؤده ، وأوقاته متفرقه للعلم والعمل .... " له تصانيف كثيرة منها : " المغنى " و " الكافى " و " المقـــنع " فى الفقـــه . و " روضة الناظر " فى الأصول و " ذم التأويل " وغيرها . (البداية والنهاية لابن كثير ٩٩/١٣ ، شذرات الذهب ٨٨/٥ ، سير أعلام النبلاء ١٦٥/٢٢ (١١٢) ، الأعلام ٦٧/٤) .

[٨] المغنى ٤٤٩/١١ ونحو هذا قال ابن رجب الحنبلي في القواعد في الفقه ص ٣٣٣، ٣٣٤ ط دار المعرفة – بيروت – .

٥- **الإمام المهدى الزيدى**[1] ، حيث قال : " وما قبل كلية الجهالة كالنذر ، أو نوعها كالمهر ، كفى دعواه كذلك[2] ".

تلك كانت بعض القواعد العامة ، التى وضعها بعض الفقهاء للمسائل التى تجوز الدعــوى بالمجهول فيها . أما تحديد هذه المسائل ، فإنهم لم يتفقوا إلا على مسألة واحدة منـها وهــى " الوصـــية " فقالوا بصحة دعوى الوصية بالمجهول ، لأن الوصية تصح مجهولـــة ، فإنـــه لـــو أوصى شخص لآخر بشيء أو سهم ، صحت وصيته ، ولا يمكن للموصى له أن يدعى بهذه الوصية إلا مجهولة[3].

وقــد اكـتفى بعـض الفقهـاء بالوصية ، وقال بأنه لا تجوز دعوى المجهول إلا فـــيها[4]. بينما أضاف إليها كثير من الفقهاء مسائل أخرى ، اختلفوا فى عددها ، حتى أو صـــلها الإمـــام جلال الدين البلقينى الشافعي[5].إلى خمس وثلاثين مسألة[6].بل قد أنهاها بعض ....

---

[1] هـــو احمد بن يحى بن المرتضى بن مفضل بن منصور بن مفضل المهدى اليمنى الزيدى . عالم مشارك فى كثير من العلوم . ولـــد بمدينة زهار سنة ٧٧٥ هـــ وبويع بالإمامة فى شوال سنة ٧٩٣ هـــ بصنعاء . وتوفى فى ذى القعدة سنة ٨٤٠ هـــ . من مؤلفاته : " نكت الفرائد فى معرفة الملك الواحد " و " الفصول في معانى جواهر الأصول " و " الكوكب الزاهر في شرح مقدمة ابن طاهر " في النحو ، و " الأزهار فى فقهه الأئمة الأطهار " .(معجم المؤلفين ٢٠٦/٢ ، كشف الظنون ٧٣/١ ، ٢٢٤ ، ١٣٥٤/٢) .

[2] حدائق الأزهار مع السيل الجرار للشوكانى ١٤١/٤ .

[3] البـــناية للإمـــام العـــينى ٣٩٠/٨ حاشية الشلبى على الزيلعى ٢٩١/٤ ، الفر وق وتهذيبه ١٥٤/٤ ، ١٥٧ ، البيان للعمرانى ١٥٣/١٣ ، ١٥٤ ، نهاية المحتاج ٣٤١/٨ ، شرح الأنصارى على المنهاج ٤١٤/٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠٠ ، روضـــة الطالبين للنووى ٩/١٢، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٢٠١ المغنى ٤٤٩/١١ ، الفروع ٤٦٠/٦ ، البحر الزخار ٣٩٤/٦ ، التاج المذهب ٨/٤ ، فقه الإمام جعفر الصادق ٧٩/٦ .

[4] المهـــذب للشـــيرازى ٥٤٢/٥ ، الحـــاوى الكبير ٣٠٩/٧ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٢٠١ ، ٢٠٦ ، التنبيه للشيرازى ٩٠٨/٢ ، فقه الإمام جعفر ٧٩/٦.

[5] هو الإمام عبد الرحمن بن عمر بن رسلان بن نصير ، شيخ الإسلام قاضى القضاة جلال الدين أبو الفضل الكنانى المصرى البلقـــينى ، المولـــود فى رمضان سنة ٧٦٣هـــ والمتوفى فى شوال سنة ٨٢٤هـــ وهو إمام من أئمة الفقه الشافعى ، واشتهر بالفضل وقوة الحفظ . وتولى القضاء بدمشق ، وكان فصيحاً بليغاً ذكيا سريع الإدراك . قال ابن حجر : " كان له بالقاهرة صـــيت ؛ لذكائـــه وعظمة والده فى النفوس ، وكان من عجائب الدنيا فى سرعة الفهم وجودة الحفظ . وكان من محاسن القاهـــرة " وقال ابن قاضى شهبه :" وكان يكتب على الفتاوى كتابة مليحة بسرعة ... وكتب أشياء لم تشتهر ، وقفت له على نكت المنهاج فى مجلدين " (طبقات ابن قاضى شهبة ٨٧/٤ (٧٦٨) ، الأعلام ٣٢٠/٣ ، معجم المؤلفين ١٦٠/٥ ، كشف الظنون ٩٣٠/١) .

[6] الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠٠ وما بعدها .

الشـافعية إلـى مائـة مسألة ومسألتين قالوا فيها بجواز الدعوى بالمجهول[1]. لكن الذي أوصـلها إلـى هـذا العدد ، لم يذكر هذه المسائل إجمالاً . وقد نقل الإمام السيوطى[2]. المسائل الخمس والثلاثين التي جمعها الإمام البلقيني في كتابة الأشباه والنظائر[3].

وهذا **نصها باختصار:**

الأولى : دعـوى الوصـية بالمجهول ، فإذا ادعى على الوارث أن مورثك أوصى لى بثوب أو بشيء ، سمعت دعواه .

الثانية : الإقرار بالمجهول . تسمع الدعوى به على المعتبر .

الثالثة : المفوضة [4] إذا حضرت لطلب الفرض من القاضى ، تفريعاً على أنه لا يجب المهر بالعقد ، فإنها تدعى بمجهول .

الرابعة : المتعة ، فيما إذا حضرت المفارقة بسبب من غير جهتها التى لا شطر لها ، أو لها الكل بطلبها . فإنها تدعى بها من غير احتياج إلى بيان .

الخامسة: النفقة تدعى بها الزوجة على زوجها من غير احتياج إلى بيان .

السادسة : الكسوة.

السابعة : الأدم كذلك .

الثامنة : اللحم كذلك . ويلتحق بهذه الأربعة سائر الواجبات للزوجات .

التاسعة : نفقة الخادم .

العاشرة: كسوته وأدمه .

الحادية عشرة : الدعوى على العاقلة بالدية تجوز من غير احتياج إلى بيان .

---

(١) حاشية الجمل على شرح الأنصاري ٤١٤/٥ .

(٢) هـو الإمـام عبد الرحمن بن الكمال أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الفخر عثمان ، جلال الدين الخضيرى الأسيوطي المولـود فى رجب سنة ٨٤٩هـ والمتوفى سنة ٩١١هـ ، إمام الأئمة ومحيى السنة ، صاحب التصانيف الكثيرة التي [illegible] عـلى الخمسمائة . قال ابن العماد :" ولما بلغ أربعين سنة ، أخذ فى التجرد للعبادة والانقطاع إلى الله تعالى ، والاشتغال به صرفاً ، والإعراض عن الدنيا وأهلها ، كأنه لم يعرف أحداً منهم . وشرع فى تحرير مؤلفاته ، وترك الإفتاء والتدريس و [illegible] عن ذلك فى مؤلف سماه " التنفس " ... وكان الأمراء الأغنياء يأتون إلى زيارته ويعرضون عليه الأموال النفيسة فيردها " من مؤلفاته : " الأشباه والنظائر" ، " طبقات الحفاظ" و شرح التنبيه " و" حسن المحاضرة فى تاريخ مصر والقاهرة " و" التحبير لعلم التفسير" وغيرها .(شذرات الذهب ٥١/٨، الأعلام ٣٠١/٣) .

(٣) ص ٥٠٠ وما بعدها .

(٤) المفوَّضـة أو المفوِّضة – بالفتح والكسر – هي التي عقد نكاحها دون تسمية مهر ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم أحد – وسيأتي توضيحه بمزيد من التفصيل في ص٣٩١ (مواهب الجليل ١٩٧/٥) .

الثانية عشرة : الدعوى بالغرة ، لا يحتاج فيها إلى بيان .

الثالثة عشرة : الدعوى بنفقة القريب لا تحتاج إلى بيان .

الرابعة عشرة : للدعوى بالحكومة[١].

الخامسةعشرة : الدعوى بالأرش[٢] عند امتناع الرد بالعيب القديم .

السادسة عشرة : الدعوى بأن له طريقاً فى ملك غيره ، أو إجراء ماء فى ملك غيره .
فالأصح أنه لا يحتاج إلى إعلام قدر الطريق والمجرى ، ويكفى تحديد الأرض التى يدعى فيها .

السابعة عشرة : الواحد من أصناف الزكاة فى البلد المحصور أصنافه ، يدعى على المالك استحقاقه .

الثامنة عشرة : شاهد لوقعة[٣] يطلب حقه من الغنيمة . ويدعى بذلك على أمير السرية .

التاسعة عشرة : مستحق الرضخ[٤]، المستحق يطلب حقه من الغنيمة كذلك ، وكذلك فيما إذا انفرد النساء والصبيان والعبيد بغزوة .

العشرون : المشروط له جارية مبهمة فى الدلالة على القلعة . يدعى بها على أمير السرية.

الحادية والعشرون : مستحق السلب[٥]إذا كان للمسلوب جنائب[٦]. فإنه يدعى على أمير السرية عند الإمام بحقه من جنيبة قتيله .

الثانية والعشرون : مستحق الفيء[٧]، يدعى على عمال الفيء والغنيمة حقه .

---

(١) الحكومة جزء من الدية ، نسبته إلى دية النفس – وقيل إلى عضو الجناية – نسبة ما نقص بالجناية من قيمة المجنى عليه بعد برئه لو كان رقيقاً بصفاته التى هو عليها .وسيأتى توضيحها بمزيد من التفصيل فى ص ٥٢٥ .(المنهاج ومغنى المحتاج ٤/ ٩٤، ٩٥).

(٢) الأرش : جزء من ثمن المبيع ، نسبته إليه نسبة ما نقص العيب من القيمة ، لو كان سليماً . (المنهاج مع مغنى المحتاج ٢/٧٥) .

(٣) شاهد الوقعة هو من حضر المعركة من أهل القتال بنية القتال وإن لم يقاتل . (المنهاج مع مغنى المحتاج ٣/١٣١ ، المقنع مع الإنصاف ٤/١٥٢).

(٤) الرضخ : جزء من مال الغنيمة ، يجتهد الإمام فى تقديره ، بشرط أن لا يزيد على سهم واحد من الغانمين ، بل ينقص ويعطى لمن لا يسهم له منها .(الوجيز للغزالى ١/٢٩٠ ، ومع العزيز للرافعى ٧/٣٥١ ، المغنى ١٠/٤٤٢)

(٥) السلَب : ما كان القتيل لابساً له من ثياب وقلنسوة وحلية ونحو ذلك ، أو متسلحاً به من نحو سيف ورمح ودرع وسكين وبندقية وما إلى ذلك . (المغنى ١٠/٤٢١) .

(٦) الجنائب جمع جنيبة ، والجنيبة هي الدابة تقاد . يقال : أطاعت جنيبته انقاد .(المعجم الوجيز ص ١١٩) .

(٧) الفيء هو كل ما أخذ من المشركين عفواً بغير قتال ولا إيجاف خيل و لاركاب.كالذى تركوه فزعاً من المسلمين وهربوا، والجزية، والعشور التجارية، وما إلى ذلك.(الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٣٠، المغنى لابن قدامة ٧/٢٩٧) .

الثالثة والعشرون: من يستحق الخمس[1] سوى المصالح وذوى القربى ، يدعى واحد منهم على عمال الفيء حقه .

الرابعة والعشرون : من سلم عيناً إلى شخص فجحدها ، وشك صاحبها فى بقائها فلا يدرى أيطالب بالعين أو بالقيمة ؟ فالأصح أن له أن يدعى على الشك ويقول : لى عنده كذا .

الخامسة والعشرون: السوارث الذى يؤخذ فى حقه بالاحتياط ، يدعى على من فى يده المال حقه من الإرث .

السادسة والعشرون : المكاتب يدعى على السيد ما أوجب الله إيتاءه وحطه .

السابعة والعشرون: من يحضر لطلب المهر ، وهذه غير المفوضة ، لأن المفوضة تطلب الفرض . وطلب الفرض والمهر كلاهما لا ينفك عن جهالة .

الثامنة والعشرون : زوجة المولى[2] تطالبه بالفيئة أو الطلاق .

التاسعة والعشرون : جناية المستولدة بعد الاستيلاد ، يدعى فيها على الذى استولدها بالفداء الواجب . والقاضى يقضى بأقل الأمرين : من قيمتها ، والأرش .

الثلاثون : يلزمه إذا جنى على عبد فى حال رقه فقطع يده مثلاً ، ثم عتق ومات بالسراية ، فوجبت فيه دية حر : فإن للسيد فيها على أصح القولين أقل الأمرين : من كل الدية ونصف القيمة . فإذا ادعى السيد على الجانى ، يطالبه بحقه من جهة الجناية والقاضى يقضى له ما يقتضيه الحال .

الحادية والثلاثون : إذا قطع ذكر خنثي مشكل[3] وأنثييه وشفريه[4]، وقال : عفوت عن القصاص ، وطلب حقه من المال . فإنه يعطى المتيقن ، وهو دية الشفرين . وحكومة الذكر ،و الأنثيين ، فلهذا يدعى به مبهماً .

الثانية والثلاثون : دعوى الطلاق المبهم جائزة ، ويلزم الزوج بالبيان إذا نوى معينه وبالتعيين إذا لم ينو ، فإن امتنع ، حبس .

---

[1] أي خمس الغنيمة المنصوص عليه في قوله تعالى :﴿ **واعملوا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل** ﴾ . (صدر الآية ٤١ من سورة الأنفال)

[2] المولى هو الذى يحلف بالله عز وجل أو بصفة من صفاته على أن لا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر ، وكذا من يحلف بغير الله تعالى عند الجمهور . (مختصر الخرقى والمغنى ٥٠٣/٨، ٥٠٤) .

[3] الخنثي المشكل هو الملتبس أمره ، أى من له فرج المرأة وذكر الرجل . ويلحق به من عرى عن الآلتين جميعاً .(تبيين الحقائق ٢١٤/٦ ، الشرح الكبير للدردير ٤٨٩/٤ ، مغنى المحتاج ٣٧/٣) .

[4] الشفران مثنى شفر . والشفر هو حرف الجفن الذي ينبت عليه الهدب .(المعجم الوسيط ٤٨٦/١).

الثالثة والثلاثون : جنى على مسلم فقطع يده خطأ مثلاً ، ثم ارتد المجروح ومات بالسراية ، فإنه يجب المال على أصح القولين . والمنصوص : أنه يجب أقل الأمرين من الأرش ودية النفس ، فيدعى مستحق ذلك على الجاني بالحق .

الرابعة والثلاثون : إذا استخدم عبده المتزوج المكتسب ، فإن عليه أقل من النفقة وأجرة الخدمة ، فتدعى زوجته على السيد نفقتها .

الخامسة والثلاثون : إذا أوصى لزيد وللفقراء بألف درهم مثلاً ، فإن لزيد أن يدعى على الوارث بحقه مبهماً . والقاضي يقضي له بمذهبه ، بناء على أن المستحق له أقل متمول . وكل ما فيه أقل الأمرين في غير الجنايات . يستفاد حكمه مما سبق . وكل ما فيه أقل متمول من غير ما ذكر ، يستفاد حكمه مما ذكر" أ هـ .

تلك هي المسائل التي جمعها الإمام البلقيني – رحمه الله – من المسائل المنصوص على استثنائها من شرط معلومية المدعى به ، وبالتالي فتجوز الدعوى بها مجهولة[1].

وبالنظر في هذه المسائل ، نجد أن منها ما يتعلق بالتصرفات المالية كالإقرار والوصية ومنها ما يتعلق بنظام الأسرة ، كالمهر والنفقة ، ومنها ما يتعلق بالجنايات كالحكومة والغصب . ومنها ما يتعلق بآثار الجهاد المالية كالرضخ والنفل .

كما يلاحظ أنه ليس شرطاً لقيام دعوى المجهول ، أن يكون المدعى به غير متصور أو غير معلوم لكل من المدعى والمدعى عليه والقاضي مجتمعين ، وإنما يكفي لقيامها أن يكون الجاهل به هو المدعى وحده ، سواء توقف تعيينه على تقدير القاضي كدعاوى النفقة والمتعة والحكومة والرضخ ، أو على بيان المدعى عليه كدعاوى الوصية بالمجهول والإقرار بالمجهول وغصب المجهول . وفي الجوانب التطبيقية من هذه الرسالة – بمشيئة الله تعالى – أبين كثيراً من هذه المسائل ، وما يجب أن يحكم به فيها .

****

---

[1] وقد نص على كثير من هذه المسائل وغيرها كثير من الفقهاء أيضاً ، منهم : ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ٢١٨ ، والشيخ محمد علاء الدين أفندي في قرة عيون الأخيار ٤٥٤/١ ، والإمام العيني في البناية ٣٩٠/٨ ، والشيخ الشلبي في حاشيته على الزيلعي ٢٩١/٤ ، وسليم رستم باز في شرحه للمجلة ٩١١/٢ ، ٩١٢ ، والشيخ على قراعة في الأصول القضائية ص ٧، ٨ ، وابن عابدين في حاشية رد المحتار على الدر المختار ٢٥٢/٨ ، ٢٥٣ ، والإمام الرافعي في العزيز ١٣/ ١٥٧ ، والإمام النووي في روضة الطالبين ٩/١٢ ، والشيخ الخطيب في مغنى المحتاج ٥٩٠/٤ ، والشمس الرملي في نهاية المحتاج ٣٤١/٨ ، والشيخ الأنصاري في شرح المنهاج ٤١٤/٥ ، والشيخ الهيتمي في تحفة المحتاج ١٠/ ٢٩٥ ، والشيخ سليمان الجمل في حاشيته على شرح الأنصاري ٤١٤/٥ ، والشيخ البكري في الاعتناء في الفرق والاستثناء ١٠٨٦/٢ والإمام الغزى كما نقله عنه السيوطي في أشباهه ص ٥٠٤ ، وابن أبي الدم في أدب القضاء ص ٢٠١ ، ٢٠٦ ، وابنا قدامة في المغنى والشرح الكبير ٤٣٩/١١ ، ٤٤٩ ، وابن مفلح في الفروع ٤٦٠/٦ ، وابن المرتضى في البحر الزخار ٣٩٤/٦ وغيرهم .

المبحث الثاني
موقف القانون الوضعي
من شرط معلومية المدعى به

سبق أن عرضنا لشروط قبول الدعوى في القانون الوضعي ، ولم نرمز بيه معلومية المدعى به ، وهذا يعنى أنه ليس شرطاً من شروط قبولها .

ولعل السر في ذلك ، أن الدعوى عند أهل القانون حق يمنح صاحبه سلطة اللجوء إلى القضاء لحماية حقه أو استرداده ، ولذلك فوجود الدعوى – بهذا المعنى – وصحتها ، لا يتوقفان على العلم بالمدعى به ، فهي كحق موجودة قبل علم القاضي والخصم بها[1] .

إلا ان المادة ٦/٦٣ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ م ، قد أوجبت أن تشتمل صحيفة الدعوى على " .... وقائع الدعوى وطلبات المدعي وأسانيدها " .

والمعروف أن صحيفة الدعوى هي القالب الشكلي الذي يحتوي على المطالبة بالحق . فإذا ما اشترط فيها أن تشتمل على طلبات المدعي وأسانيدها ، فإن هذا يشبه في مجمله ، أن يكون نصاً على اشتراط معلومية المدعى به[2] .

وقد علّل علماء المرافعات وجوب اشتمال صحيفة الدعوى على هذا البيان ،بأنه ينبغي أن يكون لدى المدعى عليه صورة وافيه كاملة من المطلوب منه ، حتى يتمكن من إعداد دفاعه على أساس معين قبل الجلسة . ولكي يقطع عليه سبيل العذر في تأخير إبدائه ، كما أنه ينبغي أن تكون لدى المحكمة فكرة واضحة عن الدعوى ، لتحديد اختصاصها بها، وتحديد المواعيد اللازمة لإعدادها ، وللفصل فيها[3].

ورغم هذه الأهمية لهذا البيان ، إلا أن علماء المرافعات ، لم يضعوا قواعد وحدوداً ، لبيان كيفية العلم بالمدعى به في كل نوع من أنواع الدعاوى كما هو الشأن لدى فقهاء الشريعة[4]، ولكنهم فقط ، اكتفوا بالقول بوجوب أن يكون موضوع الدعوى وسببها محدداً وكافياً .

---

(1) د .محمد نعيم ياسين – نظرية الدعوى ١/ ٣٧١ .

(2) د .محمد نعيم ياسين – المرجع السابق – الموضع نفسه ، لكنه شرط إجرائي فقط كما سنعرف بعد قليل إن شاء الله تعالى

(3) د. أحمد أبو الوفا – التعليق على نصوص قانون المرافعات ص ٣٦٦ ، د. أمينة النمر الوجيز في قوانين المرافعات ص ٣٧٠ د. أحمد مسلم – أصول المرافعات ص ٥٠٢ ف ٤٧٥ .

(4) وسيأتي توضيح ذلك إن شاء الله تعالى في الفصل التالي ص ١٥٢ .

فمجرد ذكر وقائع أو طلبات أو أسانيد عامة غير محددة ، لا يكفى لتحقيق هدف المقنن[١]

وقالوا بأن هذا البيان جوهري ، يترتب البطلان على النقص فيه ، أو غموضه على نحو يشكك في حقيقته . إلا أنه بطلان مقرر لمصلحة الخصوم[٢].

وعلى ذلك ، فالبطلان الناتج عن خلو صحيفة الدعوى من طلبات المدعى ، أى عن جهالة المدعى به ، بطلان نسبى ، أى غير متعلق بالنظام العام ، وبالتالى فلا يجوز التمسك به إلا لمن شرع البطلان لمصلحته[٣]. والدفع به من قبل من شرع لمصلحته دفع شكلي[٤]، يسقط الحق في إبدائه أو فى التمسك به - كأى دفع شكلى - بصدور أى إجراء أو تصرف يمس موضوع الدعوى ، أو يتعلق بأية مسألة فرعية من ذات الخصم المتمسك به قبل إبدائه[٥]. وعلى ذلك نصت المادة (١٠٨) من قانون المرافعات[٦].

وقد تأيد ذلك بما جرى عليه قضاء النقض المصرى ، فقد قضت محكمة النقض المصرية فى ١٩٦٩/١٢/٢٣م فى الطعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٥ ق بأن " الدفع ببطلان صحيفة الدعوى ، للتجهيل بالمدعى به ، هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، دفع شكلى ، يجب إبداؤه قبل التعرض لموضوع الدعوى ، وإلا سقط الحق فى التمسك به . ويعد البطلان الذى يلحق بالصحيفة بسبب هذا التجهيل ، بطلاناً نسبياً ، لا يتعلق بالنظام العام ، ويعتبر الكلام فى الموضوع ، مسقطاً فى جميع الأحوال للحق فى التمسك بهذا الدفع . أما الدفع بعدم قبول الدعوى ، لانعدام الصفة ، فهو دفع موضوعى ، يقصد به الرد على الدعوى برمتها. فإذا كان الثابت أن الطاعن أبدى الدفع ببطلان صحيفة الدعوى

---

[١] د. فتحي والى الوسيط ص ٥٠١ ف ٢٦٠ .

[٢] د. أمينة مصطفى النمر - الوجيز ص ٣٧٠ .

[٣] المادة (٢١) مرافعات ، ونصها :" لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته ، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه ، وذلك كله فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام ".

[٤] مناط التفرقة بين الدفع الشكلى والدفع الموضوعي : أن أولهما يوجه إلى صحة الخصومة والإجراءات المكونة لها ، بغية إنهاء الخصومة بدون الفصل فى موضوع الحق المطالب به ، أو تأخير الفصل فيه . أما ثانيهما - الدفع الموضوعي- ، فهو الذى يوجه إلى الحق موضوع الدعوى بهدف الحصول على حكم برفضها كلياً أو جزئياً . (الطعن رقم ١٠٢١ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٠ - مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات أ. السيد خلف محمد ص ٦١١ ط ١ سنة ١٩٨٢-١٩٨٣) .

[٥] د. أحمد أبو الوفا التعليق على قانون المرافعات ص ٣٧٠ ، ٤٦٤ .

[٦] ونصها :" الدفع بعدم الاختصاص المحلى ، والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها ، أو الارتباط ، والدفع بالبطلان ، وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات ، يجب إبداؤها معاً قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى ، أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ويسقط حق الطاعن فى هذه الدفوع إذا لم يبدها فى صحيفة الطعن " .

للتجهيل بالمدعى به ، بعد سابقة إبدائه الدفع بعدم قبول الدعوى ؛ فإن الحكم المطعون فيه ، يكــون قــد أصاب صحيح القانون ، إذ أيد الحكم الابتدائى فى قضائه بسقوط الحق فى التمســك بــبطلان صحيفة الدعوى ، تأسيساً على ما قضت به المادة (١٣٢) من قانون المرافعات السابق ، من وجوب إبداء هذا الدفع قبل إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى[١].

الخلاصة :

نخلص مما سبق إلى أن القانون ، لم يشترط لقبول الدعوى معلومية المدعى به ، وإنما جعله فقط شرطاً إجرائيا ، إذ أوجب أن تشمله صحيفة الدعوى ، ضمن بياناتها ، ورتــب علــى تخلفه بطلان صحيفة الدعوى بطلاناً نسبياً ، مقرراً لمصلحة الخصم الذى شرع البطلان لمصلحته ، وأوجب على هذا الخصم ، حتى ينتج البطلان أثره ، أن يتمسك به قبل أن يتكلم فى موضوع الدعوى ، أو فى مسألة فرعية لها .

وعليه ، فــإن لنا أن نتصور أن ترفع الدعوى بشىء مجهول ، وتكون مقبولة ، وصالحة للفصل فيها ، طالما أن الخصم لم يدفع ببطلان صحيفتها ، أو دفع به بعد فوات الأوان .

ولعل السر فى ذلك ، أن الــبطلان – كما يقولون – " بغيض ، بغيض على القاضى أن يحكم به ، وبغيض على الخصم الأمين أن يتمسك به[٢] " .

ولــذا ، فإنه يفترض ضمناً فى الخصم الذى تقرر البطلان لمصلحته التنازل عنه ضمناً بمجرد حصول الأمر الذى يسقط الحق فى التمسك به ، إذ ليس من العدل أن يبقى المدعى مهدداً بالدفوع الشكلية فى كل أدوار القضية . يقول الدكتور أبو هيف :" ليس من العــدل أن يــبقى المدعى مهدداً بالدفوع الشكلية فى كل أدوار القضية ؛ لأن المظنون أن الذى يدخل فى الموضوع ، ويناقش فى عدم وجوب الدين ، أو الحق المطلوب منه ، ولم يتعرض للمسائل الفرعية – الدفوع الشكلية – التى من مصلحته التمسك بها ، المظنون أنه تــنازل عــنها بتكلمه فى الموضوع ، إذ ليس من العدل ولا من الحزم فى سرعة إنجاز الأعمــال القضائية ، أن يسمح للمدعى عليه بإبطال أو تعطيل جميع أعمال المرافعات ، التى تمت فى القضية بقبول دفعه الفرعى ، بعد أن كان يمكنه أن يوقف القضية فى أولها ، بالتمسك بهذا الدفع الفرعى " أهـ[٣].

---

[١] مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ١٠٤/٥ ، ١٠٥ .

[٢] د. أحمد أبو الوفا – التعليق على نصوص قانون المرافعات ص ١٩٤ .

[٣] د. عبد الحميد أبو هيف – المرافعات ٣٨٠/١ ، ٣٨١ .

ويقـول الأستاذ محمد العشماوى [١] :" ويجب افتراض أن الخصم بسكوته عن التمسك بهذه الدفوع الشكلية ، فى مبدأ الخصومة ، يكون قد تنازل عنها ضمناً " .

ولعـل فى تنازل الخصم الضمنى هذا عن التمسك بهذا الدفع ، ما يعد قرينة على علمـه بشـغل ذمـته بالحق المدعى به ، وإن كان مجهولاً بالنسبة للمدعى . الأمر الذى يوجـب علـى القضـاء التحقيق فى القضية ، لعل المدعى عليه ، يقر بالحق ، فيحكم به لصاحبه .

❊❊❊❊❊❊❊

المبحث الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى شرط معلومية المدعى به

بالنظر فى شرط معلومية المدعى به فى كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ، نجد أن ما سلكه القانون الوضعى ، أقرب إلى المذهب الأول فى الفقه الإسلامى منه إلى المذهـب الثانى – بالرغم من أنه نص على وجوب اشتمال صحيفة الدعوى على " ..... وقـائع الدعوى وطلبات المدعى وأسانيدها " – ، ذلك أنه اعتبر اشتمال صحيفة الدعوى علـى هذا البيان شرطاً إجرائياً لصحة الخصومة ، ورتب على تخلفه بطلاناً نسبياً مقرراً لمصـلحة المدعـى عليه ، وليس بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام . أى أنه أوجب على القاضى سماع الدعوى وإن خلت من هذا البيان ، ولم يبح له أن يحكم ببطلانها من تلقاء نفسـه ، وإنمـا لابـد لذلك من تمسك المدعى عليه بهذا البطلان . وعليه فلو لم يتمسك المدعى عليه بهذا البطلان ، صحت الدعوى ، وصارت صالحة للتحقيق والحكم فيها .

لكنه مع ذلك يختلف مع هذا المذهب ، ومع المذهب الثانى أيضاً فيما يلى :

١- أنـه أبـاح للمدعـى عليه أن يتمسك ببطلان الدعوى فى هذه الحالة قبل أن يصـدر مـنه أى إجراء أو تصرف يمس موضوعها ، أو يتعلق بأية مسألة فرعية فيها . وبمجرد تمسكه بهذا البطلان ، يحكم به . وبالتالى فقد أعطى القانون للمدعى عليه السلاح الذى يستطيع به أن يهدم هذه الدعوى رغم أنها قد تكون بحق – كما سبق أن بينا – وهذا الـنهج يساعد على فتح الباب أمام الدعاوى التى تستند إلى وثائق وعقود مزورة ، لأنها تعتبر – فى ظل هذا الوضع – أقرب الطرق وأسهلها إلى استرداد الحق ، خاصة فى هذه الأيام التى شاعت فيها وسائل التزوير وتعددت طرقه وتنوعت أساليبه .

---

[١] أ. محمد العشماوى – المرافعات ٢١٩/٢ ف ٧٢٧ .

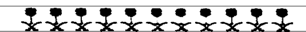
ولا شك أن المذهب الراجح فى الفقه الإسلامى ، يتفوق على القانون فى هذه النقطة ، حيث لا يضطر المدعى فى ظله إلى اللجوء إلى تلك الوسائل الاحتيالية ، التى قد تجر الإنسان إلى شر كبير ، وضرر خطير ، إذ إن هواه وشيطانه قد يجرانه إلى الادعاء - زوراً - بأضعاف مايوقن أنه دائن للمدعى عليه به .

٢- أن أصحاب المذهب الثانى فى الفقه الإسلامى - القائلين ببطلان الدعوى بالمجهول - لم يعمموا هذا الحكم على كل القضايا التى تعرض على القضاء ، وإنما استثنوا عدة مسائل -- وإن اختلفوا فى عددها - من هذا العموم ، فأجازوا فيها الدعوى بالمجهول . بينما عمم القانون الوضعى حكمه بالبطلان النسبى على كل الدعاوى بالمجهول ، ولم يستثن منها شيئاً .

وهذا النهج القانونى ، قد يترتب عليه ضياع حقوق كثيرة على أصحابها - إذا تمسك خصومهم بهذا البطلان - لمجرد جهلهم بها ولو كان لعذر مقبول شرعاً وعقلاً .

٣- أن سبل تحقق هذه المعلومية واضحة فى الفقه الإسلامى ، فقد وضع الفقهاء قواعد وحدوداً لبيان كيفية العلم بالمدعى به فى كل نوع من انواع الدعاوى - كما سنرى فى الفصل التالى **إن شاء الله تعالى** - بينما هى فى القانون الوضعى غير واضحة ، حيث لم يضع القانون ولا فقهاؤه ، أياً من هذه القواعد أو الحدود لبيان هذه المعلومية ، وإنما اكتفوا بالقول بوجوب أن يكون موضوع الدعوى وسببها محدداً وكافياً .

وهذه الفوارق الجوهرية ، تدعونا إلى الوقوف أمام الفقه الإسلامي وقفه إجلال وتقدير ، وهو بها جدير ... **والله تعالى أعلم** .



الفصل الثالث

كيفية تحقق العلم بالمدعى به في الفقه الإسلامي

تتعدد أنواع الدعاوى فى الفقه الإسلامي ، بحسب نوع المدعى به : فهى إما أن تكون دعاوى عين ، سواء كانت العين عقاراً أو منقولاً ، فإن كانت عقاراً ، سميت الدعوى به دعوى عقار ، وإن كانت منقولاً ، سميت الدعوى به دعوى العين المنقولة . وإما أن تكون دعاوى دين سواء كان الدين نقداً أو مثلياً أو قيمياً ، وإما أن تكون دعاوى عقود ، سواء كانت عقوداً مالية كعقد البيع والهبة والإجارة ونحوها ، أو عقود أنكحه . وإما أن تكون دعاوى تهم أو دعاوى جنائية . وإما أن تكون دعاوى بحقوق وجودية كحق الملكية والنسب والميراث وما إلى ذلك ، أو بحقوق عدمية كدعوى منع التعرض .

وقد وضع الفقهاء لكل من هذه الدعاوى ، القواعد والحدود والسبل ، التى يتحقق بها شرط معلومية المدعى به، **وفى مباحث أربعة** أبين هذه القواعد أو السبل لكل من دعاوى العين ، ودعاوى الدين ، ودعاوى العقود ، والدعاوى الجنائية . وأكتفى بها ، حيث لا تكاد تخرج بقية الدعاوى عنها ، وقد ألمحت إلى أن القانون الوضعى ، لم يشر إلى هذه القواعد ، كما أن فقهاءه لم يتعرضوا لها بالتفصيل ، وإنما اكتفوا بالقول بوجوب أن يكون موضوع الدعوى وسببها محدداً وكافياً ، فمجرد ذكر وقائع أو طلبات أو أسانيد عامة غير محددة ، لا يكفى لتحقيق هدف المقنن[1]. وعليه فإن البحث فى هذا الفصل سيقتصر على الجانب الفقهى الإسلامى وفقط . فأقول **وبالله تعالى التوفيق** :

※※※※※※

المبحث الأول

كيفية تحقق العلم بالمدعى به فى دعاوى العين فى الفقه الإسلامي

العين : ماعدا الدين ، وهو إما أن يكون عقاراً ، وإما أن يكون منقولاً . ولكل منهما طريقة خاصة لتعريفه فى الدعوى به ، وفى مطلبين أبين كيفية العلم بكل منهما فى الدعوى به ، **على النحو التالى**

※※※※※※

المطلب الأول

كيفية تحقق العلم بالمدعى به فى دعاوى العقار

فى دعاوى العقار : يشترط بيانه بياناً كافياً ، يزول به الاشتباه والالتباس ، ولأجل أن يكون العقار معلوماً بالصفة المذكورة ، مميزاً عن غيره ، يلزم بيان الناحية والبلدة والمحلة الموجود فيها العقار والسكة ، كما يلزم بيان حدوده . وقد اتفق الفقهاء المشترطون لمعلومية المدعى به على ذلك فى الجملة[2].

---

[1] د. فتحي والى – الوسيط ص ٥٠١ ق ٢٦٠.

[2] البدائع ٣٣٩/٦ ، المادة ١٦٢٣ من المجلة ، درر الحكام ١٧١/١٤ الاختيار لتعليل المختار ١١٠/٢ ، شرح المجلة لسليم رستم باز ٩١٧/٢ ، تبصرة الحكام ١٤٩/١ ، ١٥٠ البيان للعمرانى ١٥٤/١٣ الحاوى الكبير ٢٩٣/١٧ ،العزيز =

ولكن هل لابد من ذكر الحدود الأربعة للعقار، أم أنه يكتفى بذكر بعضها ؟

ذهب جمهور الفقهاء : المالكية والشافعية والحنابلة وزفر[١] من الحنفية – وعليه الفتوى عندهم – ، والزيدية والإمامية ، إلى أنه لابد من ذكر الحدود الأربعة للعقار[٢]؛ لأن التعريف لا يتم إلا بذكرها جميعاً ، فلا يتم بذكر الثلاثة، كما لا يتم بذكر الإثنين[٣].

بينما ذهب الإمام أبو حنيفة والصاحبان إلى جواز الاقتصار على ذكر ثلاثة من الحدود ، وذلك لأن للأكثر حكم الكل غالباً ، وهذا أصل في الشرع ، ولأن الطول يعرف بذكر الحدين ، والعرض يعرف بذكر أحدهما . إلا أنهم قالوا : إذا ذكر المدعى الحد الرابع وأخطأ فيه ، لم تصح دعواه ولم تسمع ، لأن الخطأ في الحد يغير المحدود[٤] .

وذهب بعض الشافعية إلى جواز الاكتفاء بذكر الثلاثة من الحدود، إن كان العقار يتميز بها، بل بكفاية الحد الواحد ،إذا عرف العقار به وتميز عن غيره[٥].

=للرافعي١٣/ ١٥٧ روضة الطالبين ٩/١٢ ، المغني والشرح الكبير ١١/ ٤٣٧ ، ٤٥٠ ، كشاف القناع ٣٤٤/٦ ، ٣٤٥ ، البحر الزخار ٣٩٤/٦ ، السيل الجرار ١٤٢/٤ ، فقه الإمام جعفر ٧٩/٦ .

[١] هـو أبـو الهذيل ، زفر بن الهذيل بن قيس بن مكمل العنبرى ، الفقيه الحنفي . ولد سنة ١١٠هـ وكان قد جمع العلم والعبادة ، وكان من أصحاب الحديث ، ثم غلب عليه الرأى ، وهو قيَّاس أصحاب أبي حنيفة . قال أبو نعيم الملائي :" كان ثقة مأموناً " . وقال الذهبي :" هو من بحور الفقه وأذكياء الوقت " تفقه بأبي حنيفة وهو أكبر تلاميذه ، وحدَّث عن الأعمش وإسماعيل بن أبي خالد وغيرهما . وحدَّث عنه حسان بن إبراهيم الكرماني ، وعبد الواحد بن زياد وغيرهما . وتوفي في شعبان سنة ١٥٨ . (وفيات الأعيان ٣١٧/٢ ، سير أعلام النبلاء ٣٨/٨ ، شذرات الذهب ٢٤٣/١ ، الفهرست لابن النديم ص ٣٤٣ ط ١ دار الكتب العلمية – بيروت – ١٤١٦هـ – ١٩٩٦م) .

[٢] البدائع ٣٣٩/٦ ، تبين الحقائق ٢٩٣/٤ ، الهداية والبناية ٣٩٣/٨ ، اللباب ٢٨/٣ ، قرة عيون الأخيار ٤٦٧/١ ، تبصرة الحكام ١٤٩/١ ، ١٥٠ ، الحاوى ٢٩٣/١٧ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٩٣ ، العزيز للرافعي ١٥٧/١٣ ، روضة الطالبين ٩/١٢ ، المغني والشرح الكبير ٤٣٧/١١ ، ٤٥٠ ، كشاف القناع ٣٤٤/٦ ، ٣٤٥ ، البحر الزخار ٦/ ٣٩٤ .

[٣] تبين الحقائق ٢٩٣/٤ ، البناية للعيني ٣٩٣/٨ ، الاختيار لتعليل المختار ١١٠/٢ العناية للبابرتي وتكملة الفتح لقاضي زادة ١٦١/٨ ، ١٦٢ .

[٤] ومن صور الخطأ في الحد الرابع : ما إذا كان الحد الرابع لزيق ملك رجلين ، لكل منهما أرض على حدة ، أو كان لزيق أرض لرجل ومسجد ، فقال المدعى منه إنه لزيق أرض فلان ، ولم يذكر الجار الثاني ولا المسجد ،فلا تسمع الدعوى في الصورتين . وقيل: تسمع . هذا ويثبت الخطأ في الحدود بإقرار المدعى أو بإقرار الشهود ، وفي هذه الحالة ، لهم أن يصححوا الحدود على الوجه الصحيح ، وأن يصححوا الدعوى والشهادة . (درر الحكام ١٧٣/١٤ ، الدر المختار وقرة عيون الأخبار ٤٦٤/١ ، ٤٦٥ ، البدائع ٣٣٩/٦ ،تكملة الفتح ١٦٢/٨ ، الفتاوى الهندية ٩/٤، الأصول القضائيةص ١٨، ١٩) . وعند الحنفية روايات أخرى ، فعن أبي يوسف أنه يكفي ذكر الحدين . وقيل: يكفي ذكر الحد الواحد. لكن هذه روايات ضعيفة ، والمفتى به عندهم ما ذهب إليه زفر .(البدائع ٢٢٢/٦، قرة عيون الأخيار ٤٦٤/١) .

[٥] أدب القضاء لابن أبي الدم / ١٩٣ ، حاشية القليوبي على شرح المحلى ٣١١/٤ .

هـذا إذا لـم يكن العقار مشهوراً ، أما إذا كان مشهوراً شهرة الرجل ، كدار الـندوة مثلاً بمكة أو البيت الأبيض بأمريكا ، فلا يشترط لتحديده غير ذكر اسمه فقط عند جمهور الفقهاء والصاحبين من الحنفية ، لأنه يعرف به ، فالشهرة مغنية عن التحديد ، وقد حصل المقصود بلا تحديد . أما عند الإمام أبي حنيفة ، فلابد من ذكر الحدود ، حتى ولو كان مشهوراً [١].

وقـد بـين الحنفية ما يشترط ذكره في بيان حدود العقار ، فقالوا : إنه لابد من ذكـر أسـماء أصـحابها ، وأنسـابهم ، ولابد من ذكر الجد لكل منهم إن لم يكن الرجل مشهوراً، وإلا اكتفى بذكر اسمه ، لحصول المقصود[٢].

والـيوم وبعـد أن أصبح لكل عقار سجل خاص به ، تدون فيه جميع المعلومات المـتعلقة به ، فإنه لا يبعد عن الصواب من ذهب إلى عدم اشتراط كل ذلك في التعريف بالعقار ، إذاذكر المدعى رقم السجل المختص به[٣].

هـذا كله إذا كان العقار المدعى به بعيداً عن مكان القاضي ، فإن كان قريباً منه ، يكـون تعريفه بالإشارة إليه ، لأنها ممكنة ، فلا يصار إلى أقل منها ، إذ إن الفقهاء قد قالوا في تبرير وجوب التحديد : " ، لأنه تعذر التعريف بالإشارة ، لتعذر النقل ، فيصير إلى التحديد في الدعوى والشهادة[٤] "، فإذا ما كان العقار قريباً ، أمكن تعريفه بالإشارة ، ولا صعوبة في ذلك[٥].

ذكر سبب الاستحقاق في دعاوى العقار :

إلى جانب ذلـك ، هل لابد من ذكر سبب لستحقاق العقار لصحة الدعوى به ؟ اختلف الفقهاء في ذلك :

---

(١) الدر المختار وقرة عيون الأخيار ٤٦٦/١ ، درر الحكام ١٧٤/١٤ ، الحاوى الكبير ٢٩٣/١٧ ، أدب القضاء لابن أبي الدم / ١٩٤ ، شرح المحلى وحاشية القليوبي ٣١١/٤ ، كشاف القناع ٣٤٤/٦ ، ٣٤٥ .

(٢) تبـيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه ٢٩٣/٤ ، الهداية والبناية ٣٩٣/٨ ، الفتاوى الهندية ٨/٤ ،٩ الأصول القضائية ص ١٨ ، الاختيار لتعليل ١١٠/٢ .

(٣) نظرية الدعوى د. محمد نعيم ياسين ٣٥٠/١ .

(٤) قرة عيون الأخيار ٤٦٣/١ .

(٥) نظرية الدعوى د. محمد نعيم ياسين ٣٥٠/١ .

فذهب جمهور الحنفية ، وبعض المالكية ، والشافعية والحنابلة والإمامية ، إلى عـــدم وجوب ذكر سبب الاستحقاق فى دعوى العقار لصحتها[١]، لأن أسباب الملك كثيرة وغـــير منحصرة ، لأنه قد يملك بالميراث وبالابتياع وبالهبة وبالوصية ، وبغير ذلك من وجوه الملك ، كالإجباء وحدوث النتاج والثمار . وربما خفى على الإنسان سبب استحقاقه لأموالـــه ، أعياناً كانت أو ديوناً . وحينئذ يشق عليه معرفته ، فلو كلف ببيانه ، لكان ذلك تكليفاً بما لا يطاق ، وهو لا يصح[٢].

وأيضاً لأن المدعى قد يستحيي من بيان السبب ، فلا يجب ذكره لذلك[٣].

وذهب بعض الحنفية إلى وجوب ذكر سبب الاستحقاق فى دعوى العقار لصحتها ، وإليه أيضاً ذهب المالكية فى المشهور ، وأضافوا أنه لو لم يبين السبب ، سأله القاضى وجوبـــاً . فإن بينه ، وإلا لم تسمع دعواه ، إلا أن يدعى نسيانه ، أو يتهم المدعى عليه ، كما لو قال المدعى : أظن أنك سرقت لى كذا ، أوغصبته منى ، أو فرطت فيه حتى تلف ، فتسمع دعواه ، وتتوجه اليمين على المدعى عليه - المتهم[٤].

وقد استدلوا على وجوب ذكر سبب الاستحقاق بالمعقول ، وهو أنه يمكن أن يكون سبب مـــا يدعيه فاسداً ، ككونه ثمن خمر أورباً أو نحو ذلك ، فلا يترتب عليه إيجاب شيء فى ذمـــة المدعى عليه ، كما أنه يمكن أن يكون السبب موجباً أقل مما يدعى به ، ولذلك قال بعضهم : إذا لم يسأله القاضى عن السبب ، كان كالخابط خبط عشواء[٥].

واســـتدلوا على صحة الدعوى إن ادعى المدعى نسيان السبب ، أو كان المدعى علـــيه متهماً وقال المدعى: أظن أنك سرقت لى كذا ، أو ما شابه ذلك: بأن قوله أظن فيه

---

(١) درر الحكام ١٧٩/١٤ ، شرح المجلة لسليم رستم باز ٩٢٤/٢ ، البحر الرائق ٢٠١/٧ ، مواهب الجليل ١٢١/٨ ، حاشية البنانى على الزرقانى ١٣٢/٧ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٢١١/٤ ، المهذب ٥٤٣/٥ ، البيان للعمرانى ١٣/ ١٥٤ ، التنبيه للسيوطى ٩٠٩/٢ ، الحاوى الكبير ٣١٠/١٧ ، جواهر العقود ٣٩٧/٢ ، المغنى ١٦٧/١٢ ، الكافى لابن قدامة ٤٨٧/٤ ، شرائع الإسلام ١٠٧/٤ ، جواهر الكلام ٣٨٢/٤٠ .

(٢) درر الحكام ١٧٩/١٤ ، البيان ١٥٤/١٣ ، الحاوى ٣١٠/١٧ ، جواهر العقود ٣٩٧/٢ ، المغنى ١٢/ ١٦٧ ، الكافى ٤٨٧/٤ .

(٣) درر الحكام ١٧٩/١٤ .

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٣١ ، الفتاوى البزازية ٣٢٠/٥ ، الفروق وتهذيبه ١٠٣/٤ ، ١٥٤ ، التاج والإكليل ١٢١/٨ ، شرح منح الجليل ١٦٩/٤ ، شرح الزرقانى وحاشية البنانى عليه ١٣٦/٧، ١٣٧ ، جواهر الإكليل ٢٢٦/١ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٢٠٩/٤ وما بعدها .

(٥) تهذيب الفروق ١٥٤/٤ ، ١٥٥ ، التاج والإكليل ١٢١/٨، ١٢٢ ، شرح منح الجليل ١٦٩/٤ ، جواهر الإكليـــل ٢٢٦/١ .

حـــتى فـــى الأرض الصحراوية ، لا يسمح للإنسان أن يمتلك شيئاً منها دون أن يأذن له الحاكم بعقد مكتوب ومسجل فى الشهر العقارى .

وبهـذا يتضـح أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بعدم وجوب ذكر سبب الاســتحقاق فـــى دعـــوى العقـــار لصحتها ، هو الراجح ؛ لقوة حجته ، ولأن تصرفات المسلمين محمولة على الصحة ما لم يثبت عكس ذلك . ولأن الحكم برد العقار للمدعى إن ثبــت أنه فى يد المدعى عليه ظلماً ، لا يتوقف على سبب تملك المدعى له ، إذ المهم هو حصـــول العدوان من المدعى عليه على هذه الملكية ، فإذا ما ثبت العدوان ، وجب الحكم برده .

والله تعالى أعلم

****

المطلب الثانى

كيفية تحقق العلم بالمدعى به فى دعاوى المنقول

اختلف الحنفية عن غيرهم فى كيفية التعريف بالمدعَى المنقول ، حيث فرقوا بين المنقول القائم والمنقول الهالك .

فالمنقول القائم عندهم لا يخلو من أمور ثلاثة :

الأول: أن يمكن إحضاره مجلس القضاء من غير حمل ومؤنة .

و الثانى : أن يمكن إحضاره مجلس القضاء ، ولكن بحمل ومؤنة[1].

و الثالث : أن لا يمكن إحضاره مجلس القضاء أصلاً . ولكل أحكام مخصوصة:

فبالنسبة للأمر الأول : يكلف الخصم بإحضاره مجلس القضاء ، ويجبر على ذلك ، ويكون تعريفه بالإشارة إليه عند الدعوى وعند الشهادة واليمين ، وذلك لأن الإشارة أبلغ طرق التعريف ، وقد أمكنت ، وحيث أمكن الأبلغ ، لا يصار إلى الأدنى .

وبالنسبة للأمرين الثانى والثالث : لا يجبر الخصم على إحضاره ، وإنما ينتقل القاضى إليه أو يبعث أمينه عنده – إن كان مأذوناً له بالاستخلاف – ومعه المدعى وشهوده وشهود آخرون ، ويكون التعريف أيضاً بالإشارة إليه .

وهذا إذا كان المدعى به فى يد المدعى عليه . أما إذا كان غائباً لا يدرى مكانه ، ولا يدرى إن كان قائماً أو هالكاً ، فلو بين جنسه وصفته وقيمته ، قبلت دعواه ، ولو لم

---

[1] وقد اختلف فى تفسير هذا النوع : فقيل: هو ما اختلف سعره فى البلاد. وقيل: هو ما لا يمكن رفعه بيد واحدة . وقيل: هــو مــا يحمل إلى مجلس القاضى بأجر لا مجاناً . (الأصول القضائية لشيخ على قراعه ص ٢٢) . وأقرب هذه المعانى إلى الحقيقة هو الثالث .

ذكـــر السـبب لكــن لا على وجه البيان ، بل الظن ، فالسرقة مثلاً سبب للمدعى به، لكنه مظنون لا محقق[١].

وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه :

يتناقض مع الشرط نفسه ، إذ لو كان ذكر السبب شرطاً لصحة الدعوى ، لما قبل نسـيانه ولبطلـت الدعوى إذا لم يذكر ولم يسأل عنه ، وليس كذلك ، فدل على أنه غير شرط[٢].ثم إنه يمكن أن يهدم الاشتراط من أساسه ؛ لأن كل مدع قد يدعى نسيان السبب ، فيفتح باب التخلص من هذا الشـــــرط .

وذهب بعض مشايخ فرغانه من الحنفية ، إلى وجوب التمييز بين العقار القائم فـــى الـبلاد القديمـــة ، والعقار القائم فى البلاد الحديثة ، فيجب ذكر سبب الاستحقاق فى الحالة الأولى ، ولا يجب فى الثانية[٣].

وقد استدلوا على ذلك بالمعقول من ثلاثة وجوه :

أحدها: أن دعـــوى الملك المطلق فى البلاد القديمة ، دعوى الملك من الأصل بسبب الخطة ، ومعلوم أن صاحب الخطة فى مثل تلك البلاد غير موجود ، لقدم عهدها ، فتكون دعواه كاذبة ، لاستحالة السبب وهو الخطة ، وبالتالى فلا تسمع .

والـثانى: أنه لما تعذر القضاء بالمطلق لما سبق فى الوجه الول ، فلابد من أن يقضـــى بالملك بسبب ، وذلك إما سبب مجهول أو معلوم ، فالمجهول لا يمكن القضاء به للجهالة ، والمعلوم كذلك ، لعدم تعيين المدعى إياه .

والثالـث : أن الاستحقاق لو فرض بسبب حادث ، يجوز أن يكون ذلك السبب ، شـــراء ذى الــيد مـــن آخر ، ويجوز أن يكون السبب سابقاً على تملك ذى اليد ، فيمنع الرجوع ، ويجوز أن يكون لا حقاً ، فلا يمنع الرجوع فيشتبه[٤].

ويمكـن مناقشة هذه الأدلة : بأنها لا محل لها فى هذه الأيام ، التى انتشر فيها التوثيق وعم ، لا فرق فى ذلك بين البلاد القديمة والبلاد الحديثة ، فكل إنسان يقوم بتوثيق مـــــا يتملكه من عقارات فى أى مكان ، وفى هذا التوثيق يبين سبب ملكيته هذه ، بل إنه

---

(١) الشرح الصغير للإمام الدر دير ٢١١/٤ .

(٢) حاشية البناني على الزرقاني ١٣٧/٧ .

(٣) البحر الرائق ٢٠١/٧ ، درر الحكام لعلى حيدر ١٧٨/١٤ ، الفتاوى البزازية لابن بزاز الكردي ٣٢٠/٥ .

(٤) المراجع والمواضع السابقة .

يبين قيمته ، قبلت منه أيضاً ، لأن الإنسان قد لا يعرف قيمة ماله ، فلو كلفناه البيان ، لتضرر ، وحيث سقط البيان عن المدعى ، فليسقط عن شهوده من باب أولى .

وقبول الدعوى فى هذه الحالة ، هو فى حق الحبس فقط لا فى حق الحكم ، فالقاضى يحبس المدعى عليه ليحضر العين المدعاة ، فإن أحضرها ، أشير إليها فى الدعوى والشهادة واليمين ، وسلمت إلى المدعى ، متى ثبتت ملكيته لها ، وإن لم يحضرها المدعى عليه بعد ما حبس مدة كافية لزجره ، بحيث لو كانت عنده لأحضرها ، أفرج عنه ، وحكم عليه بالقيمة ، والقول فى مقدارها له .

أما المنقول الهالك : فإن الدعوى به كالدعوى بالدين ، ولذا يكون تعريفه ببيان قيمته وجنسه ونوعه وصفته ، لأن عين المدعى به تعذر مشاهدتها ، ولا يمكن معرفتها بالوصف . وهل يكتفى بذكر القيمة لأنها المقصودة ، أم لابد من بيان العين الهالكة بياناً كافياً أيضاً ؟ عند الصاحبين : يكفى بيان القيمة ، وعند الإمام أبى حنيفة ، لابد من بيان العين الهالكة أيضاً زيادة على بيان قيمتها[1].

هذا ما ذهب إليه الحنفية فى كيفية التعريف بالمدعى به إذا كان منقولاً . أما غير الحنفية فقد قالوا : إذا كانت العين المنقولة حاضرة فى مجلس الحكم ، فإنها تعرف بالإشارة ، وكذا لو كانت غائبة عن مجلس الحكم لكنها موجودة فى البلد ويمكن إحضارها ، يكون تعريفها بالإشارة أيضاً ، حيث يطالب الخصم أو من هى بيده بإحضارها مجلس الحكم ، ويجبر على ذلك ولو بالحبس[2].

أما إذا كانت غائبة ولا يمكن إحضارها مجلس الحكم ، فقد فرقوا بين ما إذا كانت من ذوات الأمثال[3] أو من غيرها .

---

(1) راجع هذه الأحكام فى : تنوير الأبصار والدر المختار وقرة عيون الأخيار ٤٥٧/١ وما بعدها الاختيار لتعليل المختار ٢/ ١١٠ ، الهداية والبناية ٣٩٠/٨ ، وما بعدها ، الهداية وشروحها ١٥٨/٨ وما بعدها ، اللباب ٢٧/٣ ، البدائع ٣٣٩/٦ ، تحفة الفقهاء ١٨١/٣ ، الأصول القضائية ص ٢٠ وما بعدها ، تبيين الحقائق ٢٩١/٤ ، ٢٩٢ ، الفتاوى الهندية ٥/٤ ، ٦، درر الحكام ١٦١/١٤ ، ١٦٢ .

(2) الحـاوى الكبير ٢٩٢/١٧ ، المنهاج مع مغنى المحتاج ٥٢٢/٤ ، ٥٢٣ ، شرح المحلى على المنهاج ٣١١/٤ ، ٣١٢ ، أدب القضاء لابن أبى الدم ص ١٩٠ ، المحرر فى الفقه ٢٠٦/٢ ، الروض المربع ص ٤٧٧ ، كشاف القناع ٣٤٥/٦ .

(3) وذوات الأمثال هى المكيلات والموزونات والمعدودات والمصنوعات . (مغنى المحتاج ٣٤/٢) .

فإن كانت من ذوات الأمثال: كان تعريفها بذكر الجنس والنوع وما تنضبط بها من الصفات، وبذكر القيمة من غالب نقد البلد[١]، لأنها لا تنضبط إلا بها، ولأنها الواجبة عند التلف[٢].

وعلى ذلك، فالحنفية يتفقون مع الجمهور فيما لو كان المدعى به حاضراً مجلس القضاء أو ممكناً إحضاره، حيث قال الجميع بأن تعريفه في هذه الحالة يكون بالإشارة.

ويختلفون معهم فيما لو كان غائباً ولا يمكن إحضاره وكان قيمياً، حيث طلبوا من القاضي أن يذهب هو أو أمينه إليه، ومعه المدعي وشهوده وشهود آخرون، ليعاينه على حقيقته، ويكون التعريف به أيضاً بالإشارة. بينما اكتفى الجمهور ببيان قيمته إن كان قيمياً، أو صفته إن كان مثلياً.

وأصل هذا الخلاف: خلافهم في هل يكفي الوصف للتعريف بالأعيان القيمية؟

فعند الحنفية: لا يكفي الوصف لضبط الأعيان القيمية حتى وإن بولغ فيه، لأنه ربما توجد أعيان كثيرة بهذا الوصف، فلا يصير المدعى به معلوماً مع وجود المزاحم. وبناء عليه قالوا: لابد من الإشارة في تعريف القيمي، لأن الشك لا ينقطع إلا بها[٣].

أما غيرهم: فيرى أن كثيراً من الأعيان يمكن أن تنضبط بالوصف[٤]. وبناء عليه ذهبوا إلى الاكتفاء بوصف مثل هذه الأعيان في الدعوى، ولم يشترطوا حضور القاضي أو أمينه ليعاينها بنفسه، أو ليشار إليها في الدعوى أو في الشهادة أو اليمين أمامه.

---

(١) يلاحظ أن المنقول في هذه الحالة لو كان وديعة، لم يلزم المدعي ذكر قيمتها، لأن الوديعة أمانة، وهي غير مضمونة (الحاوي ٢٩٢/١٧)، وعدم ضمان الوديعة راجع لما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان**" رواه البيهقي والدار قطني وقال: "فيه عمرو و عبيدة وهما ضعيفان، وإنما يروى عن شريح غير مرفوع". ورواه الدار قطني من نفس الطريق بلفظ "**لا ضمان على مؤتمن**" ورواه البيهقي عن شريح غير مرفوع بلفظ "**ليس على المستودع غير المغل ضمان، ولا على المستعير غير المغل ضمان**" (سنن البيهقي، كتاب الغصب ٩١/٦، سنن الدار قطني، كتاب البيوع ٤١/٣ (١٦٧، ١٦٨)، نيل الأوطار ٢٩٦/٥، ٢٩٧).

(٢) تبصرة الحكام ١٥٠/١، الفروق للقرافي ١٥٤/٤، تهذيب الفروق ١٥٧/٤، البيان للعمراني ١٥٤/١٣، الحاوي الكبير ٢٩٢/١٧، أدب القضاء لابن الدم ص ١٩٣، العزيز للرافعي ١٥٦/١٣، روضة الطالبين ٨/١٢، شرح المحلي ٤/ ٣٣٦، مغني المحتاج ٥٨٩/٤، ٥٩٠، المغني والشرح الكبير ١١/ ٤٣٧، ٤٥٠، المحرر لابن تيميه ٢٠٦/٢، البحر الزخار ٣٩٣/٦، ٣٩٤، السيل الجرار ١٤٣/٤.

(٣) الهداية والبناية ٣٩٢/٨، العناية وتكملة الفتح ١٥٨/٨، ١٥٩، حاشية الشلبي على الزيلعي ٢٩٣/٤.

(٤) الحاوي الكبير ٢٩٢/١٧، تبصرة الحكام ١٥٠/١، المغني ٤٥٠/١١.

ذكر سبب الاستحقاق فى دعاوى المنقول:

وهـل يشترط مع ذلك ذكر سبب استحقاق المنقول فى الدعوى به ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك :

فذهب جمهور الحنفية ،وبعض المالكية ، والشافعية ، والحنابلة والإمامية:

إلـى عدم وجوب ذكر سبب الاستحقاق فى دعوى المنقول ، شأنها فى ذلك شأن دعوى العقـــار .

واحتجوا لذلك بما احتجوا به على عدم وجوب ذكر سبب الاستحقاق فى دعوى العقار[١].

وذهب بعض الحنفية:

إلـى وجـوب ذكر سبب الاستحقاق فى دعوى المنقول ، وإليه ذهب المالكية فى المشـــهور بـــنفس التفصـــيل السابق فى دعاوى العقار . واستدلوا على ذلك بنفس الأدلة الســابقة فـــى دعـــاوى العقـــار[٢]، حيث لم يفرقوا بين العقار والمنقول ، ولابين العين والديـــــن .

وذهب بعض الحنفية:

إلـى ضـرورة التمييز بين دعوى المنقول المثلى ، ودعوى المنقول القيمى ، فيشترط ذكـر ســبب الاســتحقاق فى الحالة الأولى دون الثانية ؛ وذلك لاختلاف أحكام الأسباب المرتبة للديون فى الذمم . ولأن الأصل براءة الذمم من الديون ، فلابد لصحة اشتغالها من بيان سبب هذا الاشتغال[٣].

والراجح من هذه الآراء – في نظري – هو الأول أيضاً القائل بعدم وجوب ذكر سبب الاستحقاق فى دعوى المنقول ، لقوة حجته ، ولنفس الحيثيات السابقة فى دعاوى العقار .

والله تعالى أعلم

---

[١] المـــادة ١٦٢٧ مـــن المجلة ، درر الحكام ١٧٨/١٤ ، شرح المجلة لسليم رستم باز ٩٢٤/٢ ، مواهب الجليل ٢١/٨ ، حاشية البنانى على شرح الزرقانى ١٣٧/٧ ، الحاوى ٣١٠/١٧ ، المهذب ٥٤٣/٥ البيان ١٥٤/١٣ وقد ورد فيه – البيان – نقـــلا عـــن الشيخ أبى حامد أن هناك إجماعاً على ذلك حيث قال : " وإن ادعى عليه ديناً فى ذمته أو عيناً فى يده ، فلا تفـــتقر إلى ذكـــر السبب الذى ملك به ذلك . قال الشيخ أبو حامد : وهو إجماع " . ولعله يقصد إجماع الشافعية ، وليس الإجماع الاصطلاحي ، حيث قد خالف بعض الحنفية كما هو مبين فى المتن .

[٢] الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٣١ ، الفروق وتهذيبه ١٥٣/٤ ، ١٥٤ ، التاج والإكليل ١٢١/٨ ، جواهر الإكليل ٢٢٦/١ ، شـــرح مـــنح الجلـــيل ١٦٩/٤ ، شرح الزرقانى وحاشية البنانى ١٣٦/٧ ، ١٣٧ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٢٠٩/٤ وما بعدها .

[٣] البحر الرائق ١٩٥/٧ ، تنوير الأبصار والدر المختار وقرة عيون الأخيار ٤٧٣/١ ، ٤٧٤ .

المبحث الثانى
كيفية تحقق العلم بالمدعى به فى دعاوى الدين فى الفقه الإسلامى

الدين : اسم لما وجب فى الذمة ، يكون بدلاً عن مال أتلفه ، أو قرض اقترضه ، أو مبيع عقد بيعه ، أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة – وهو المهر – أو استئجار عين[١].

أو هو الحق الذى يترتب فى الذمة ، ولا يتعين بالتعيين[٢]، وهو إما أن يكون نقداً أو مثلياً أي من ذوات الأمثال ، وإما أن يكون قيميًا ، فإن كان نقداً أو مثليًا، فتعريفه يكون ببيان قدره ، كألف أو ألفين ، وجنسه ، كذهب أو فضه ، ونوعه ، كخالص أو مغشوش ، وصفته ، كصحيح أو مكسر ، بما يصير به معلوماً عند الخاصة والعامة[٣]،

هذا إذا كان فى البلد نقود مختلفة ، وأما إذا كان هناك نقد متعارف ، كما هو الحال فى أيامنا هذه ، فلا حاجة لغير ذكر قدره[٤] ،وإن كان قيمياً[٥]، وثبت فى الذمة بعقد السلم[٦]، كأن كان معقوداً على ثياب مثلاً ، فإنه يعرف بذكر أو صافه المعتبرة فى عقد السلم[٧]، وذكر القيمة مع هذه الأوصاف يكون أحوط . وقيل: إن ذكرها واجب[٨]. أما إذا كانت هذه الأعيان القيمية إبلاً مستحقة فى الدية أو غرة مستحقة فى الجنين ، فلا يلزم ذكر صفتها فى الدعوى ، لأن أوصافها مستحقة بالشرع[٩].

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام ٢٢١/٧ ط١ – مطبعة عيسى البابى الحلبى سنة ١٣٨٩هـ – ١٩٧٠م .

(٢) الأصول القضائية للشيخ على قراعة ص ٢٤ .

(٣) بدائع الصنائع ٣٣٩/٦ ، المادة ١٦٢٦ من المجلة الأحكام العدلية ، الدر المختار وقرة عيون الأخيار ٤٧٣/١ ، ٤٧٤ ، الهداية والبناية ٣٩٦/٨ ، تبصرة الحكام ١٥٠/١ ، الفروق وتهذيبه ١٥٤/٤ ، ١٥٧ ، البيان ١٣ /١٥٣ ، ١٥٤ الحاوى الكبير ٢٩٣/١٧ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٩٤ ، المنهاج وتحفة المحتاج ٢٩٤/١٠ ، مغنى المحتاج ٥٨٩/٤ ، نهاية المحتاج ٣٤٠/٨ ، جواهر العقود ٣٩٦/٢ ، شرح الأنصارى ٤١٣/٥ ، المغنى والشرح الكبير ١١/ ٤٣٧ ، ٤٥٠ ، البحر الزخار ٣٩٤/٦ ، السيل الجرار ١٤٣/٤ .

(٤) درر الحكام ١٧٦/١٤ ، ١٧٧ .

(٥) يلاحظ أن الأعيان القيمية لا تثبت فى الذمة عند الحنفية ، إلا إذا كانت هالكة ، لأنهم قصروا الديون التى تثبت فى الذمة على المثليات ، وما يلحق بها من مذروع وعددى متقارب ، كالجوز والبيض واللبن ، وذلك إذا كانت واجبة بوصفها لا بعينها ، كأن تكون ثمناً لمبيع أو قرضاً أو مسلماً فيه ، فلو وجب أداؤها بعينها لم تكن ديناً متعلقاً بالذمة ، كأن تكون مبيعاً فى غير صرف أو سلم . أما عند غير الحنيفة ، فإن الأعيان القيمية ، يمكن أن تثبت ديناً فى الذمة ، لأنهم أضافوا إلى ما ذكره الحنفية ، كل عين يمكن ضبطها بالوصف ، كمسلم فيه ونحوه . (الدر المختار وقرة عيون الأخيار ٤٧٣/١ ، بداية المجتهد لابن رشد ٢٤٥/٢ ، كفاية الطالب الربانى وحاشية العدوى ١٦٣/٢ ، المغنى ٤٥٠/١١) .

(٦) والأعيان القيمية تثبت فى الذمة من وجهين : ١– السلم . ٢– الإبل المستحقة ، والغرة المستحقة فى الجنين .(الحاوى الكبير ٢٩٤/١٧).

(٧) والأوصاف المعتبرة فى عقد السلم تختلف باختلاف أنواع المسلم فيه ، وهى مفصلة فى باب السلم من كتب الفقه .

(٨) تبصرة الحكام ١٥٠/١ ، الفروق ١٥٤/٤ ، تهذيب الفروق ١٥٧/٤ ، البيان ١٥٤/١٣ ، الحاوى ٢٩٤/١٧ ، تحفة المحتاج ٢٩٤/٨ ، ٢٩٥ ، جواهر العقود ٣٩٦/٢ ، المغنى ٤٥٠/١١ ، كشاف القناع ٣٤٦/٦ ، البحر الزخار ٣٩٤/٦ ، السيل الجرار ١٤٣/٤ .

(٩) الحاوى الكبير ٢٩٤/١٧ .

ذكر سبب الاستحقاق فى دعاوى الدين :

وكما اختلف الفقهاء فى لزوم ذكر سبب الاستحقاق فى دعاوى العين – عقاراً كان أم منقولاً – اختلفوا أيضاً فى لزوم ذكره فى دعاوى الدين .

فذهـــب مـــن قالوا بعدم لزوم ذكره هناك إلى القول بعدم لزوم ذكره هنا أيضاً ، واحتجوا على ذلك بنفس ماسا قوه من حجة هناك[١].

وذهـــب من قالوا بلزوم ذكره هناك إلى القول بوجوب ذكره هنا ، مستدلين على ذلك – إضافة إلى ما استدلوا به هناك[٢] – بما يلي

أولاً : أن أحكـــام الدين تختلف باختلاف أسبابه ، إذ إنه لو كان من جهة السلم ، فيلزم إيفاؤه في المكان الذي شرط تسليمه فيه ، ولو كان من جهة القرض ، أو ناشئاً عن ثمـــن مبـــيع ، فـــيلزم أداؤه فـــي مكان القرض أو البيع ، ولو كان ناشئاً عن الغصب أو الاستهلاك ، فيقتضي إيفاء بدله فى مكان الغصب والاستهلاك ، وهكذا ، فيلزم بيان سببه لذلك[٣].

ثانـيا : أن بعض أسباب الديون باطلة وغير موجبة ثبوت الدين فى الذمة ، فهى لا تصلح أن تكون أسباباً فى نظر الفقهاء ، وذلك كالحساب مثلاً ، حيث الحساب لا يكون ســـبباً للديـــن . فلو قال المدعى فى دعواه : إن لى فى ذمة المدعى عليه كذا درهماً من الحســـاب الـــذى بينى وبينه ، لا يصح . فلأجل أن يتضح للقاضى صحة سبب الدين من عدمه وجب بيان سببه[٤].

وذهـب بعض الحنفية إلى عدم وجوب ذكر سبب الاستحقاق فى دعوى الدين إلا فـــى مســـائل مـــنها: دعوى الكفالة ، ودعوى المرأة مالاً على ورثة زوجها بعد وفاته ، ودعـــوى النقود التى انقطعت عن التعامل بها ، ففيها يشترط بيان سبب الوجوب ، حتى يعلم إن كان الدين واجباً على المدعى عليه أو ليس بواجب .

أما استثناء دعوى الكفالة ، فلجواز أن تكون الكفالة بما لا تجوز كفالته ، كنفقة المـــرأة إذا لـــم تذكر مدة معلومة ، ولم يصرح فيها بمدة معيشتها أو بقائها فى النكاح . وكالكفالة بمال الكتابة ، والكفالة بالدية على العاقلة[٥].

---

[١] راجع صـــ ١٥٥ .

[٢] راجع صـــ ١٥٥ .

[٣] درر الحكام ١٧٨/١٤ ، ١٧٩ ، الأصول القضائية ص٢٥ .

[٤] درر الحكام ١٧٩/١٤ ، الفتاوى الهندية ٣/٤ ، شرح المجلة لسليم رستم باز ٩٢٤/٢ ، قرة عيون الأخيار ٤٧٣/١ .

[٥] الفتاوى الهندية ٥/٤ ، الأصول القضائية ص ٢٦ ، درر الحكام ١٦٣/١٤ ، قرة عيون الأخيار ٤٧٤/١.

وأما استثناء دعوى المرأة مالاً على ورثة زوجها بعد وفاته ، فلجواز أن تكون المـــرأة تطالـــب بمســتجمد نفقتها ، ظناً منها أن النفقة تصلح سبباً لإيجاب الدين فى جميع الحالات ، مع أنها لاتصلح لذلك بعد الوفاة ، لسقوطها بوفاة الزوج[1].

وأما استثناء دعوى النقود التى انقطعت عن التعامل بها ، فلجواز أن تكون هذه الـنقود ثمن مبيع ، مع أنه فى هذه الحالة يفسد البيع ، ويجب على المشترى رد المبيع إن كـــان قائمـــاً ، وإلا رد مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته لو كان قيمياً ، ولا يجب الثمن على المشترى[2].

****

المبحث الثالث

كيفية تحقق العلم بالمدعى به فى دعاوى العقود

يقصد بالعقد : تعلـــق كلام أحد المتعاقدين بالآخر على وجه يظهر أثره فى المحل[3].

وهو نوعان : نـــوع يغلظ حكمه فى الشرع ، وهو عقد النكاح . ونوع لا يغلظ حكمـــه فى الشرع ، وهو ماعدا عقد النكاح من سائر العقود ، كعقد البيع والهبة والإجارة والشـــركة وغيرها . وفى مطلبين متواليين أبين كيفية تحقق العلم بالمدعى به فى الدعوى بكل من هذين النوعين :

---

(1) قال الإمام الشافعى :" لا أعلم مخالفاً فى ذلك " ، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم:" **ليس للحامل المتوفى عنها زوجها نفقة** " رواه الدار قطنى فى سننه كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره ٢١/٤ ، عن حرب ابن أبى العالية عن أبى الزبير عن جابر رضى الله عنه . قال أبو الطيب أبادى نقلاً عن عبد الحق :" إنما يؤخذ من حديث أبى الزبير عن جابر ما ذكر فـــيه السماع أو كان عن الليث عن أبى الزبير . وحرب بن أبى العالية أيضاً لا يحتج به . والأشبه وقفه على جابر " . ونقل عن التقريب : وحرب بن أبى العالية – أبو معاذ البصرى – صدوق يَهِمُ.أهـــ وقال :" وروى عنه مسلم " .(التعليق المغنى على الدار قطنى لأبى الطيب أبادى بهامش سنن الدار قطنى ٢١/٤) . وانظر: مغنى المحتاج ٥٦٢/٣ ، تبيين الحقائق ٥٦/٣، درر الحكـــام ١٧٩/١٤ ، قـــرة عيون الأخيار ٤٧٣/١ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٥١٥/٢ ، المغنى ٢٩٢/٩ ، الأصول القضائية ص ٢٦) .

(2) الفتاوى الهندية ٤/٤ ، الأصول القضائية ص ٢٦ .

(3) العناية مع فتح القدير ٢٤٨/٦ ط دار إحياء التراث العربى – بيروت – .

المطلب الأول

كيفية تحقق العلم بالمدعى به في دعوى عقد النكاح

اختلف الفقهاء فيما يجب بيانه فى دعوى عقد النكاح لتحقيق المعلومية ، هل يجب ذكر شرائطه أم لا ؟**إلى أربعة مذاهب** :

المذهب الأول : يرى أصحابه وجوب ذكر شرائط النكاح فى الدعوى به ، سواء ادعى بعقد النكاح ، بأن قال : أدعى نكاح هذه المرأة ، أو ادعى باستدامته ، بأن قال : هذه زوجتي ، ففي كلا الحالين لابد وأن يقول : نكحتها بولي ، وشاهدي عدل ، ورضاها إن كانت ممن يعتبر رضاها. إلى هذا ذهب الشافعي في الأصح ، والحنابلة في وجه[1].

المذهب الثانى : يرى أصحابه عدم وجوب ذكر شرائط عقد النكاح فى الدعوى به ، سواء ادعى بعقد النكاح أو باستدامته . وإلى هذا ذهب الحنفية وعامة المالكية ، والإمامية والزيدية ، والشافعى فى قول[2].

المذهب الثالث : يرى أصحابه وجوب ذكر شروط النكاح فى دعوى عقد النكاح دون دعوى استدامته ، فلو قال : أدعى نكاح هذه المرأة ، فلا تصح دعواه حتى يذكر أنه تزوجها بولي وشاهدين عدلين وبرضاها . أما لو قال: هذه زوجتى ، فإن دعواه تصح بدون ذكر شىء من ذلك . وإلى هذا ذهب الشافعية فى وجه والحنابلة فى وجه[3].

المذهب الرابع : يرى أصحابه وجوب التفريق بين الطارئين فى البلد والمقيمين فيها ، فتصح دعوى النكاح من الطارئين ولو لم يذكر المدعى الشروط ، ولا تصح من المقيمين إلا بذكر شروطه أو بإثبات الزوجية ، فإن لم تثبت وأقرا بالوطء ، أقام القاضى عليهما الحد . وإلى هذا ذهب بعض المالكية[4].

---

(1) الأم للإمام الشافعى ٢٢٨/٥، البيان ١٥٥/١٣ الحاوى الكبير ٣١١/١٧ ، العزيز للرافعى ١٣/ ١٦٣ ، المهذب ٥/ ٥٤٣ ، السراج الوهاج ص ٦١٥ ، المغنى ١٦٥/١٢ ، الكافى ٤٨٧/٤ ، الفروع ٤٦٤/٦ ، المحرر فى الفقه ٢٠٦/٢ .

(2) الذخيرة للقرافى ٦/١١ ، شرح الزرقانى ١٣٦/٧ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١٤٤/٤ ، شرح منح الجليل ٤/ ١٦٩ ، الفروق ٤/ ١٥٥ ، التاج والإكليل ١٢٤/٦ ، جواهر الإكليل ٢٢٦/١ ، الحاوى ٣١١/١٧ ، البيان ١٥٥/١٣ ، العزيز ١٦٣/١٣ ، المهذب ٥٤٣/٥ ، شرائع الإسلام ١٠٧/٤ ، جواهر الكلام ٣٨٢/٤٠ ، البحر الزخار ٣٨٧/٦ .

(3) الحاوى ٣١١/١٧ ، المهذب ٥٤٣/٥ ، البيان ١٥٥/١٣ ، روضة الطالبين ١٤/١٢ ، العزيز للرافعى ١٦٣/١٣ ، المغنى ١٢ /١٦٥ ، الفروع ٤٦٤/٦ ، الكافى ٤٨٧/٤ .

(4) فقد نقل ابن فرحون عن ابن شاس أن دعوى النكاح تصح ولو لم يذكر شروطه. ثم نقل تعقيب ابن سهل على هذا القول بقوله :" وهذا الذى قاله ابن شاس حكم الطارئين . أما لو كانا بلديين ، وادعى أنه نكحها بقرطبة مثلاً نكاحاً صحيحاً ، فلا يسمع قاض قرطبة الدعوى بينهما قبل ثبوت الزوجية عنده ، ويلزم القاضى الكشف عن صحة النكاح قبل الحكم ، فإن لم يثبت وأقرا بالوطء ، أقام القاضى عليهما الحد " (تبصرة الحكام ١٥١/١) .

الأدلة والمناقشات :

أدلة المذهب الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول على وجوب ذكر شرائط عقد النكاح في الدعوى به بالسنة والمعقول :

أما السنة : فما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :" **لا نكاح إلا بولي وشاهِدَيْ عدل**"[١].

وجه الدلالة من هذا الحديث : أن النبي صلى الله عليه وسلم قد خص فيه عقد النكاح دون سائر العقود، بالنص على شرائطه.ولولا هذا التخصيص ، لكان كغيره من العقود[٢].

أو بعبارة أخرى : أن النكاح لما اختص بشروط زائدة على العقود من الصداق وغيره ، خالفت دعواه الدعاوى ، قياساً للدعوى على المدعى به[٣].

وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه غير صحيح ؛ لأن دعوى الشيء تتناول شروطه ؛ بدليل البيع ، فإن له شروطاً ولا يجب ذكرها في دعواه ؛ لأن دعواه تتناول شروطه ، فكذلك دعوى النكاح[٤].

---

[١] رواه بهذا اللفظ أحمد والطبراني والبيهقي والدار قطني عن عائشة وأبي هريرة وجابر وابن عباس وابن عمر وعمران بن حصين رضي الله عنهم بأسانيد ضعفها الهيثمي وابن حجر . وقال الدار قطني :" رفعه عدى بن الفضل ولم يرفعه غيره " . ورواه الأئمة : أحمد وأبو داود والترمذي والطبراني وابن ماجة والبيهقي عن أبي موسى وعائشة وابن عباس بلفظ :" **لا نكاح إلا بولي** " وزاد الإمام أحمد :" والسلطان ولي من لا ولي له " وضعف أسانيده أيضاً صاحب الزوائد والسندي . ورواه الحاكم بعدة أسانيد عن أبي موسى بلفظ " **لا نكاح إلا بولي** " وصححها كلها قائلاً :" هذه الأسانيد كلها صحيحة .. وقد وصله الأئمة المتقدمون ... مثل عبد الرحمن بن مهدى ، ووكيع ، ويحيى بن آدم ، ويحيى بن زكريا بن أبي زائدة وغيرهم . وقد حكموا لهذا الحديث بالصحة " (راجع : المسند للإمام أحمد ٣٩٤/٤، ٤١٣ ، ٤١٨ ، ٦/ ٢٦٠ ، السنن الكبرى للبيهقي كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولى ، باب لا نكاح الابشاهدين عدلين ١٠٧/٧، ١٠٨ ، ١٢٥، سنن الدار قطني ٢١٩/٣ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، مجمع الزوائد للهيثمي كتاب النكاح باب ما جاء في الولى والشهود ٢٢٦/٤ ، تلخيص الحبير لابن حجر ١٥٦/٢ ، سنن أبي داود كتاب النكاح باب في الولى ٢٢٩/٢ (٢٠٨٥) ، صحيح الترمذي أبواب النكاح باب ما جاء لا نكاح إلا بولي ١٩١/٤ (١١٠٧) مع التحفة ، سنن ابن ماجة كتاب النكاح باب ١٥ لا نكاح إلا بولى ٦٠٥/١ (١٨٨٠ ، ١٨٨١) المستدرك للحاكم كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولى ١٦٩/٢ وما بعدها ، المعجم الأوسط للطبراني ٢٨٨/١ (٦٨٥) ، ١٠٣/٤ ، ٣٦١ ، ٤٧٣ (٣٤٧٥ ، ٣٩٢٦ ، ٤٢١٨) ، ٤٥/٥ (٤٤٩١) ، ٣٠/٦، ٣١ ، ٢٦٨، ٣٤١ (٥٥٦٣ ، ٥٥٦٤ ، ٥٥٦٥ ، ٦١٦٩ ، ٦٣٦٦) ، ١٢٣/٧ (٦٩٢٧) ، ٧٦/٨ (٧٩٠٠)) .

[٢] الحاوى الكبير ٣١١/١٧ .

[٣] الفروق وتهذيبه ١٥٥/٤ ، ١٥٦ ، الذخيرة ٧/١١ .

[٤] الفروق وتهذيبه ١٥٥/٤ ، ١٥٦ .

ويجاب عن ذلك : بأن هناك فرقاً بين عقد النكاح وغيره من العقود ، فعقد النكاح تغلظ أحكامه في الشرع ، فوجب أن يحتاط لأمره ولأمر الدعوى به احتياطا يتناسب مع تغليظ أحكامه في الشرع ، بخلاف غيره من العقود . ثم إن عدم وجوب ذكر شروط العقود الأخرى في الدعوى بها ليس محل اتفاق بين الفقهاء ، وإنما هو محل خلاف أيضاً – كما سيأتي – ولا يحتج بمذهب على مذهب .

وأما المعقول فمن وجوه :

أحدها : أن الفروج موضوعة على الحظر والتغليظ ، فلم تجز استباحتها بدعوى محتملة ، حتى ينفى عنها الاحتمال ، بذكر شروط النكاح ، بخلاف سائر العقود ، فإن المقصود منها يدخله البدل والإباحة[١].

ونوقش هذا بأنه إن صح لوجب ذكر خلو الزوجة من الردة والعدة كذلك لكنه لم يجب ، فدل على عدم صحة هذا الاستدلال[٢].

وأجيب عن ذلك بقيام الفرق بين شروط النكاح ، وخلو الزوجة من الردة والعدة ، فإن شروط النكاح يختلف الناس فيها ، فمنهم من يشترط الولي والشهود ، ومنهم لا يشترط ، ومنهم من يشترط إذن البكر البالغ لأبيها في تزويجها ، ومنهم من لا يشترط . وقد يدعي نكاحاً يعتقده صحيحاً والحاكم لا يرى صحته ، ولا ينبغي أن يحكم بصحته مع جهله بها ، ولا يعلم بها ما لم تذكر الشروط وتقوم البينة بها . وهذا بخلاف الردة والعدة ، فإن عدمهما لا يختلف الناس فيه لصحة النكاح ، والأصل عدمهما ، ولا تختلف به الأغراض[٣].

والوجه الثاني : أن النكاح فيه حق الله تعالى وحق الآدمي ، فوجب ذكر صفته في دعواه كالقتل ، بجامع أنه لا يمكن استدراكهما بعد وقوعهما[٤].

ونوقش هذا : بأن غالب دعوى المسلمين الصحة ، فالاستدراك حينئذ نادر لا عبرة به، والقتل خطره أعظم من حرمة النكاح والعقود، وبذلك يفترق النكاح عن القتل[٥].

---

(١) الحاوي ٣١١/١٧ ، العزيز ١٦٣/١٣ ، المهذب ٥٤٣/٥ ، مغني المحتاج ٥٩١/٤ ، نهاية المحتاج ٣٤٢/٨ ، الفروق وتهذيبه ١٥٥/٤ ، ١٥٦ ، الذخيرة ٧/١١ ، الكافي ٤٨٧/٤ .

(٢) الفروق وتهذيبه ١٥٥/٤ ، ١٥٦ .

(٣) المغني ١٦٥/١٢ ، الحاوي ٣١١/١٧ .

(٤) الحاوي ٣١١/١٧ ، البيان ١٥٥/١٣ ، العزيز ١٦٣/١٣ ، الروضة ١٤/١٢ ، المهذب ٥٤٣/٥ ، مغني المحتاج ٤/ ٥٩١ ، نهاية المحتاج ٣٤٢/٨ ، الكافي لابن قدامة ٤٨٧/٤ .

(٥) الفروق وتهذيبه ١٥٥/٤ ، ١٥٦ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٤٤/٤ ، التاج والإكليل ١٢٤/٦، الذخيرة ٧/١١ .

ويمكن أن يجاب عن هذه المناقشة بأنها لا وجه لها ، خاصة فى هذه الأيام التى كثرت فيها الدعاوى الباطلة الكاذبة ، فلا يبعد أن يدعى رجل على امرأة زوراً أنه نكحها أو أنها زوجته فلو لم يطلب منه ذكر شروط النكاح ، وحكم له بصحة هذا النكاح ، ترتب على هذا الحكم مفاسد لا تقل أهمية عن قتل النفس والعياذ بالله . فوجب درء هذه المفاسد قبل وقوعها ، بذكر مدعى النكاح شروطه .

والوجه الثالث : أن الناس قد اختلفوا فى شرائط النكاح ، فمنهم من يشترط الولى والشهود ، ومنهم من لا يشترط ، ومنهم من يشترط إذن البكر البالغ لأبيها فى تزويجها ، ومنهم من لا يشترطه ، وقد يدعى نكاحاً يعتقده صحيحاً ، والحاكم لا يرى صحته ، ولا ينبغى أن يحكم بصحته مع جهله بها ، ولا يعلم بها ما لم تذكر الشروط وتقوم عليها البينة ، فوجب ذكر الشروط لذلك[1].

ونوقش هذا : بأن الأصل فى عقود المسلمين الصحة ، ومنها عقد النكاح فوجب العمل بهذا الأصل حتى يتبين خلافه ، وعليه فدعوى النكاح تحمل على النكاح الصحيح لا الفاسد ، عملاً بهذا الأصل[2].

ويجاب عن ذلك بقيام الفرق بين عقد النكاح وغيره من العقود ، فعقد النكاح لا يتساهل فيه ، لقيامه على الحظر والتغليظ بخلاف العقود الأخرى ، فإن المقصود منها المال ، والمال مما يتساهل فيه ، فافترقا فى الدعوى .

أدلة المذهب الثانى :

استدل أصحاب المذهب الثانى على عدم وجوب ذكر شروط عقد النكاح فى الدعوى به مطلقاً بالمعقول من ثلاثة وجوه :

أحدها : أن الأصل فى عقود المسلمين الصحة ، فيعمل بهذا الأصل حتى يتبين خلافه وعليه فتحمل دعوى النكاح على النكاح الصحيح ، دون ما احتياج إلى ذكر شروطه وأركانه[3] ، **ويناقش هذا الاستدلال بالجواب السابق حالاً** .

والثانى : أنه لما لم يلزم فى دعوى استحقاق المال صفة العقد وإن اعتبرت فيه شروط اختلف فيها -**كما سنعرف**- لم يلزم صفة النكاح لأجل شروطه واختلاف الناس فيها[4] .

---

(١) المغنى ١٦٥/١٢ ، الحاوى ٣١١/١٧ .

(٢) شرح منح الجليل ١٦٩/٤ ، شرح الزرقانى ١٣٦/٧ ، الفروق وتهذيبه ١٥٥/٤ ، ١٥٦ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ١٤٤/٤ ، الذخيرة ٧/١١ ، نهاية المحتاج ٣٤٢/٨.

(٣) المراجع والمواضع السابقة .

(٤) الذخيرة ٧/١١ ، الفروق وتهذيبه ٤/[illegible] ، الحاوى ٣١١/١٧ ، البيان ١٥٥/١٣ ، العزيز ١٦٣/١٣ =

ونوقـش هـذا : بـأن قياس دعوى النكاح على دعوى استحقاق المال قياس مع الفـارق ، فـلا يتم الاستدلال به ، وبيان الفارق : أن أسباب المال لا تنحصر، وقد يخفى على المدعى سبب ثبوت حقه . والعقود تكثر شروطها ، وربما لا يحسن المدعى عدها ، ولا يعرفها ، والأموال مما يتساهل فيها ، رفعاً للحرج ودفعاً للمشقة . بخلاف النكاح[١].

والثالث : أنـه كمـا لا يجب فى دعوى النكاح التعرض لعدم الموانع ، كالردة والعدة والرضاع والإحرام ، فكذلك لا يجب فيها التعرض لشروطه[٢].

ونوقش هذا : بأن القياس على عدم الموانع كالردة والعدة والرضاع والإحرام ، قياس مع الفارق أيضاً ، فلا يتم به الاستدلال ، وبيان الفارق من وجهين :

أحدهما : أن الشـروط يعتـبر وجودها ليصح العقد ، والموانع يعتبر عدمها ، والأصل عدمها ، فاكتفى بهذا الأصل[٣].

والـثانى : أن الموانع كثيرة يعسر ضبطها ، وطلب ذكرها يلحق مشقة بالمدعى مما يوقعه فى حرج ، بخلاف الشروط[٤].

دليل المذهب الثالث :

استدل أصـحاب المذهب الثالث على عدم وجوب ذكر شروط النكاح فى دعوى استدامة الزوجية ، ووجوب ذكرها فى دعوى عقد النكاح : بأن استدامة الزوجية أخف من ابـتدائها ، إذ الشـروط لا تعتـبر فى الدوام ، بخلاف الابتداء ، لأن الشهادة على البيع والـنكاح بالاستفاضـة أو الخبر الشائع ، لا تصح حتى يشاهد المتعاقدين ويسمع لفظهما بـالعقد ، والشـهادة على الأملاك واستدامة الزوجية بالاستفاضة أو الخبر الشائع تصح ، فلذلك تغلظت دعوى العقد وتخففت دعوى الزوجية[٥].

= الروضة ١٤/١٢ ، المهذب ٥/ ٥٤٣ ، مغنى المحتاج ٥٩١/٤ ، نهاية المحتاج ٣٤٢/٨ ، تحفة المحتاج ٢٩٧/١٠ ، البحر الزخار ٣٨٧/٦ .

(١) العزيز ١٦٤/١٣ ، الروضة ١٤/١٢ ، مغنى المحتاج ٥٩١/٤ ، المغنى ١٦٥/١٢ .

(٢) الذخـيرة ٧/١١ ، الفروق وتهذيبه ١٥٥/٤ ، ١٥٦ ، الحاوي ٣١١/١٧ ، البيان ١٥٥/١٣ ، العزيز ١٦٣/١٣ ، مغنى المحتاج ٥٩١/٤ ، نهاية المحتاج ٣٤٢/٨ ، المغنى ١٦٥/١٢ ، البحر الزخار ٣٨٧/٦ .

(٣) الحـاوي ٣١١/١٧ ، العزيز ١٦٤/١٣ ، الروضة ١٤/١٢ ، حاشية الجمل ٤١٤/٥ ، مغنى المحتاج ٥٩١/٤ ، نهاية المحتاج ٣٤٢/٨ ، تحفة المحتاج ٢٩٧/١٠ ، المغنى ١٦٥/١٢ .

(٤) العزيز١٦٤/١٣ ، الروضة ١٤/١٢ ، مغنى المحتاج ٥٩١/٤ ، حاشية الشروانى على التحفة ٢٩٧/١٠ .

(٥) الحاوى ٣١٢/١٧ ، المهذب ٥٤٣/٥ ، البيان ١٥٥/١٣ ، العزيز ١٦٣/١٣، الروضة ١٤/١٢ ، المغنى ١٦٥/١٢.

ونوقش هذا : بأن التفريق بين دعوى عقد النكاح ودعوى ابتدائه لا وجه له ، إذ الكل دعوى ، ولما كان ذكر الشروط معتبراً في دعوى العقد ، وجب كذلك ان يكون معتبراً في دعوى استدامته[1].

هذا ولم أقف للمذهب الرابع على أدلة .

المذهب المختار :

بعد هذا العرض لمذاهب الفقهاء في مدى لزوم ذكر شروط عقد النكاح في الدعوى لتحقق المعلومية ، وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات وأجوبة ، يترجح في نظري ، ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول ، من القول بلزوم ذكر شروط عقد النكاح في الدعوى به مطلقاً ، سواء كانت الدعوى بعقد النكاح أو باستدامته ، وذلك لقوة أدلتهم وصحتها وسلامتها من المعارضة الراجحة والمناقشة المفندة .

ولأن إثبات صحة النكاح أمر بالغ السهولة واليسر ، وخاصة في هذه الأيام التي عم فيها توثيق النكاح لدى المحاكم . وأصبح هذا التوثيق أمراً لازماً لاعتراف القانون به وترتيب آثاره عليه[2].

ولأن في العمل بهذا الرأي إغلاقاً لباب الدعاوى الكاذبة ، التي يمكن لأهل الزيغ والأهواء أن يرفعوها ، والتي يترتب على الحكم فيها لصالحهم مفاسد جسيمة وأضرار بالغة . ودرء هذه المفاسد واجب ، وهو يكون بالعمل بهذا الرأي **والله تعالى أعلم** .

هذا إذا كانت دعوى الزوجية مرفوعة من الزوج على الزوجة .

أما إذا كانت مرفوعة من الزوجة على الزوج ، فإما أن يقترن بها طلب حق من حقوق النكاح ، كصداق ونفقة وقسم وميراث بعد موته . وإما أن لا تقترن بشيء من ذلك .

---

[1] المغنى ١٦٥/١٢ .

[2] فقد نصت المادة ٣/٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١م المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه " لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها ، إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية ،في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ " . وقد ألغى هذا القانون بنص المادة الرابعة من ديباجة القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م بشأن تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ، ومع ذلك فقد نصت المادة ٢/١٧ من هذا القانون على نفس الحكم ، إلا أنها استثنت منه دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال فقالت : " لا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج – في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ – ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية ، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرها ، إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة " . (الأحوال الشخصية للمسلمين طبقا لأحدث التعديلات – الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ص ٦٥ ، ٦٦ ط ٧ سنة ١٩٩٩م ، الجريدة الرسمية – العدد ٤ مكرر الصادر في ٢٢ شوال ١٤٢٠هـ – ٢٩ يناير سنة ٢٠٠٠م السنة ٤٣ ص ٣ ، ١٣) .

فإن كانت مقترنة بطلب حق من حقوقها ، فقد اتفق الفقهاء على أنها تسمع[١]؛ لأنهـا تدعى حقاً لها ، تضيفه إلى سببه ، فتسمع دعواها ، كما لو ادعت ملكاً أضافته إلى الشراء[٢].

وهل يجب ذكر شروط العقد فى الدعوى ، لكى تكون صحيحة ؟ على الخلاف المذكور فيما لو كانت الدعوى من الزوج[٣].

أما إذا لم يقترن بدعواها طلب حق من حقوقها ، فهل تسمع دعواها ؟ خلاف بين الفقهاء :

فقد ذهب الشافعية في الأظهر ، والحنابلة في وجه ، والزيدية في وجه ، والإمامية إلى أنها تسمع أيضاً ؛ لأنه قد يتعلق بهذه الدعوى ما يحدث بعدها من ثبوت نسب واستحقاق ميراث ، أي أن هذه الدعوى سبب لحقوق لها ، فتسمع كالبيع[٤].

وفى وجه آخر للشافعية والحنابلة والزيدية ، أنها لا تسمع ؛ لأن النكاح حق للزوج عليها ، فلا تسمع دعواها حقاً لغيرها . ولأنه إذا لم يتعلق بالدعوى طلب حق ، صار إقراراً له بالعقد، فلا تسمع لأن سماعها يعنى مطالبة المدعى عليه– الزوج – بالجواب وهو في هذه الدعوى مقر له بالعقد ، ولا جواب على المقر له[٥].

وهل يجب ذكر الشروط في هذه الدعوى لكى تصح ؟
على الخلاف المذكور في المسألتين السابقتين [٦]

⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘

---

[١] يقول ابن قدامة – رحمه الله – :" وإن ادعت المرأة النكاح على زوجها وذكرت معه حقاً من حقوق النكاح ، كالصداق والنفقة ونحوها ، سمعت دعواها بغير خلاف نعلمه . (المغنى ١٦٦/١٢) ، ويقول ابن المرتضى : " وإن ادعت المرأة زوجية رجل مع حق كمهر أو نفقة ، سمعت إجماعاً " (البحر الزخار ٣٨٧/٦) وانظر أيضاً :" الحاوى ٣١٢/١٧ البيان ١٣/ ١٥٧ العزيز ١٦٦/١٣ ، الروضة ١٤/١٢ ، الكافى ٤٨٧/٤ ، شرائع الإسلام ١٠٧/٤ ، جواهر الكلام ٣٨٤/٤٠".

[٢] المغنى ١٦٦/١٢ ، البحر الزخار ٣٨٧/٦ .

[٣] الحاوى ٣١٢/١٧ ، البحر الزخار ٣٨٧/٦ .

[٤] الحاوى ٣١٢/١٧، ٣١٣ ، المهذب ٥٤٣/٥ ، البيان ١٥٧/١٣ العزيز ١٦٦/١٣ ، ١٦٧ ، الروضة ١٥/١٢ ، المغنى ١٦٦/١٢ ، الكافى ٤٨٧/٤ ، الفروع ٤٦٥/٦ ، تصحيح الفروع ٤٦٥/٦ ، البحر الزخار ٣٨٧/٦ ، جواهر الكلام ٣٨٤/٤٠ .

(٥) المراجع والمواضع السابقة .

[٦] البحر الزخار ٣٨٧/٦ .

المطلب الثانى
كيفية تحقق العلم بالمدعى به فى دعاوى العقود الأخرى

اختلف الفقهاء فيما يجب ذكره فى دعاوى العقود الأخرى غير النكاح ، كالبيع والهبة والرهن والشركة وغيرها ، لتحقق معلومية المدعى به فيها. ولهم فى ذلك **أربعة مذاهب** :

المذهب الأول : لجمهور الفقهاء :" المالكية والشافعية فى الأصح، والحنابلة فى الأصح ، والزيدية والإمامية " وهؤلاء يرون أنه لا يشترط ذكر شروط العقد فى الدعوى به ، سواء استبيح به ذات فرج ، كابتياع الأمة ، أم لا .فيكفيه أن يقول: لى عليه مائة – مثلاً – من بيع أو من قرض أو من إجارة ، أو ما أشبه ذلك[١].

وحجتهم فى ذلك : أن التصرفات المالية لا يحتاط لها ، إذ المقصود المال . والمال مما يتساهل فيه ، فهى أخف حكماً من غيرها كالنكاح مثلاً ، ولذا لا تفتقر إلى الولى والشهود ، وعليه فلا تفتقر إلى الكشف عن شروطها كدعوى العين[٢].

المذهب الثانى : للشافعية فى وجه والحنابلة فى وجه ، ويرون وجوب ذكر شروط العقد المدعى به ، سواء استبيح به ذات فرج أم لا .

واحتجوا بالقياس على النكاح ، فكما يجب فى دعوى النكاح ذكر شروطه ، فكذلك فى بقية العقود[٣].

إلا أن هذه حجة ضعيفة ، مردودة بوجود الفرق بين عقد النكاح وغيره من العقود أو التصرفات المالية ، إذ الأخيرة أخف حكماً من النكاح ، بدليل عدم اشتراط الولى والإشهاد فيها كما هو الشأن فى عقد النكاح[٤].

المذهب الثالث : للشافعية فى وجه ثالث : حيث يرون وجوب التفريق بين العقود التى تستباح بها ذات فرج كابتياع الأمة ، والعقود التي لا تستباح بها ذات فرج ، كابتياع البهائم والأمتعة ، وأوجبوا ذكر شروط العقد في الحالة الولي دون الثانية[٥].

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١٤٤/٤ ، شرح الزرقانى ١٣٦/٧ ، شرح منح الجليل ١٦٩/٤ ، جواهر الإكليل ٢٢٦/١ ، الحاوي ٣١٣/١٧ ، البيان ١٥٨/١٣ ، ١٥٩ ، العزيز ١٦٤/١٣ ، الروضة ١٤/١٢ ، المهذب ٥٤٤/٥ ، مغنى المحتاج ٥٩١/٤ ، تحفة المحتاج ٢٩٩/١٠ ، المغنى ١٦٧/١٢ ، الكافي ٤٨٧/٤ ، الفروع ٤٦٤/٦ ، البحر الزخار ٣٩٣/٦ ، شرائع الإسلام ١٠٧/٤ ، جواهر الكلام ٣٨٢/٤٠ ، ٣٨٣ .

(٢) الحاوي الكبير ٣١٣/١٧ ، البيان ١٥٩/١٣ ، العزيز للرافعى ١٦٤/١٣ الروضة ١٤/١٢ ، نهاية المحتاج ٣٨٣/٨ ، مغنى المحتاج ٥٩١/٤ ، المهذب ٥٤٤/٥ ، المغنى ١٦٧/١٢ ، الكافي ٤٨٧/٤ .

(٣) المراجع والمواضع السابقة .

(٤) الحاوي الكبير للماوردى ٣١٣/١٧ ، البيان للعمراني ١٥٩/١٣ ، العزيز للرافعى ١٦٤/١٣ ، روضة الطالبين للنورى ١٤/١٢ ، المغنى لابن قدامة ١٦٧/١٢ .

(٥) الحاوي الكبير ٣١٣/١٧ ، المهذب للشيرازي ٥٤٤/٥ ، البيان ١٥٩/١٣ العزيز للرافعى ١٦٤/١٣ ، روضة الطالبين للنورى ١٤/١٢ ، مغنى المحتاج للشيخ الخطيب ٥٩١/٤ .

واحتجوا لذلك : بأن العقد الذى تستباح به ذات فرج ، يشبه النكاح فى أنه يستباح به
الوطء ، فوجب أن يحتاط له بذكر شروطه فى الدعوى به كالنكاح . أما العقد الذى لم تستبح به ذات فرج ، فإنه لا يجب ذكر شروطه فى الدعوى به ، لتخفيف حكمه ، لانه عقد لا يستباح به الوطء ، وإنما يستباح به ما يتملك بالإباحة[١].

وقد نوقش هذا الاستدلال : بأن هذا التفريق لا وجه له ، لأن بيع الجارية لا يحتاج فيه إلى إشهاد ولا إلى ولى ، فلا يحتاج إلى ذكر شروطه فى الدعوى به،كدعوى الأعيان[٢].

المذهب الرابع للحنفية : ويرون من جهة وجوب التفريق بين العقود التى تكثر شروطها كالسَّلَم ، والأخرى التى تقل شروطها كالبيع ، ويوجبون ذكر شروط العقد فى الدعوى به فى الحالة الأولى دون الثانية[٣]، لأن العقود التى تكثر شروطها ، دائماً ما تكون شروطها مجهولة إلا عن الخاصة ، فوجب ذكرها فى الدعوى ، ليعرف صحيح العقود من فاسدها . أما التى تقل شروطها ، فإنها تكون معروفة للكافة ، فلا يجب ذكرها فى الدعوى ، لأن ذكرها لن يضيف جديداً[٤].

ويمكن أن يناقش هذا : بأن تصرفات المسلمين محمولةعلى الصحة ما لم يظهر العكس ، فلا داعى لذكرها فى الدعوى بهذه العقود ، خاصة وأن المقصود منها المال ، وهو مما يتساهل فيه .

ومن جهة أخرى : يشترطون ذكر الطوع والرغبة ومدى نفاذ تصرفات المدعى عليه عند إبرام تصرفه فى سائر التصرفات ، سواء كانت مما تكثر شروطها أو مما تقل ، بأن يقول فى دعواه : إن المدعى عليه قد باعني هذا المال طائعاً وراغباً ، حال نفاذ تصرفه له وعليه ، بكذا مبلغاً[٥]، وذلك لاحتمال حدوث الإكراه عند انعقاد العقد[٦].

---

[١] المراجع والمواضع السابقة .

[٢] العزيز للرافعى ١٣/ ١٦٤، المغنى لابن قدامة ١٢/ ١٦٧ .

[٣] الفتاوى الهندية ٤/ ٣ ، قرة عيون الأخيار ١/ ٤٧٥ ، الأصول القضائية ص ٢٥ ، ٢٦ .

[٤] الأصول القضائية ص ٢٥ .

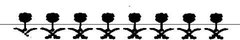
[٥] الفتاوى الهندية ٤/ ٣ ، درر الحكام ١٤/ ١٦٣ ، البحر الرائق ٧/ ٢٠٢ ، قرة عيون الأخيار ١/ ٤٧٥ .

[٦] الفتاوى الهندية ٤/ ٥ ، درر الحكام ١٤/ ١٦٣ ، البحر الرائق ٧/ ٢٠٢ ، قرة عيون الأخيار ١/ ٤٧٥ ، الأصول القضائية ص ٢٧ .

الترجيـــح :

مما سبق يتبين لنا أن ما ذهب إليه الجمهور من القول بعدم وجوب ذكر شروط العقد المالي في الدعوى به هو الراجح ، لقوة حجته وصحتها ، وضعف حجج المذاهب الأخرى.......

والله تعالى أعلم .



المبحث الرابع
كيفية تحقق العلم
بالمدعى به في الدعاوى الجنائية

الدعاوى الجنائية هي الدعاوى التي ترفع نتيجة لعمل جنائي . والعمل الجنائي هو الذنب والجرم وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة[١] وهذا العمل إما أن يقع على النفس أو ما دونها ، وإما أن يقع على المال . **وفي هذا المبحث نبين** ما يلزم بيانه لتحقق معلومية المدعى به في الدعاوى الناشئة عن الجناية على النفس أو ما دونها . أما الدعاوى الناشئة عن الجناية على المال ، فيرجع في كيفية العلم بالمدعى به فيها إلى كيفية العلم بالمدعى به في دعاوى العين[٢].

وقد اتفق الفقهاء على وجوب التفصيل في الدعاوى الجنائية ، بذكر سبب الدعوى وشروط هذا السبب وأوصافه[٣]. ففي دعوى الاعتداء على النفس – مثلاً – أو الأطراف ، يلزم بيان القتل أو القطع ، وهل هو عن عمد أو خطأ ، وهل كان المدعى عليه منفرداً بالجناية أم مشاركاً فيها ، وهكذا . وفي دعوى الشجة أو الجرح ، يلزم ذكر موضعه وقدره ، ويسميه إن عرف تسميته ، ليقف على ذلك أهل البصر به[٤]. وفي دعوى القذف ، يذكر لفظ القاذف ، إذ ليس كل سب أو شتم يوجب الحد[٥]. وفي دعوى السرقة ، يذكر ما هي ومقدارها ، ويذكر الحرز الذي أخذها منه ، وأنه خرج بها من الحرز ، ويذكر صفة الحرز ، إذ ليس كل ما يظن أنه حرز حرزاً شرعياً[٦].

---

[١] تكملة المجموع للمطيعي ٣٤٤/١٨ ط دار الفكر .

[٢] ص١٥٢ ومابعدها .

[٣] جاء في البحر الزخار ٣٩٣/٦ :" ومن ادعى قصاصاً لزمه تفصيل الجراحة إجماعاً ، وكذا القتل بالمثقل أو غيره " وانظر أيضاً : الحاوي ٣١٠/١٧ ، الوسيط في المذهب للغزالى ٣٩٦/٦ البيان ١٥٤/١٣ ، مغنى المحتاج ١٣٣/٤ ، الفروق وتهذيبه ١٥٣/٤ ، الكافي لابن قدامة ٤٨٧/٤ ، الفروع ٤٦٦/٦ ، شرائع الإسلام ١٠٧/٤ .

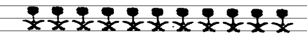
[٤] تبصرة الحكام لابن فرحون ١٥٠/١ ، البيان ١٥٤/١٣ .

[٥] تبصرة الحكام ١٥٠/١ ، الحاوي ٣١٠/١٧ .

[٦] تبصرة الحكام ١٥٠/١، ١٥١ .

وإنما اشترط ذلك في هذه الدعاوى ، لأن الغالب بالقتل ونحوه من الجنايات لايمكن استدراكه أو تعويضه ، فقد يحكم بالقصاص أو القطع فيما لا يجب فيه قصاص ولا قطع وفي هذا ظلم كبير وضرر خطير[١]. إضافة إلى أن الأحكام الصادرة في هذه الدعاوى ، تتعلق بالأسس التي جاء الإسلام لحفظها ، وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، فلا يجوز التهاون في أمرها ، كما أن هذه الأمور تدرؤ بالشبهات ، وعدم التفصيل في دعواها يورث شبهة ، فلا تقبل[٢].

هذا وقد اعترض بعض الإمامية على شرط التفصيل في هذه الدعاوى ، بأنه يؤدي إلى إهدار دم المسلم ، خصوصاً مع العذر من نسيان أو اشتباه أو نحوهما . وقال بأن الأقرب الاكتفاء في هذه الدعاوى بعدم التفصيل[٣] .



---

[١] الحاوي ٣١٠/١٧ ، مغني المحتاج ١٣٣/٤ ، الكافي لابن قدامة ٤٨٧/٤ .

[٢] نظرية الدعوى د. محمد نعيم ياسين ٣٦٣/١

[٣] جواهر الكلام ٣٨٣/٤٠ .

الباب الثاني

أحكام الدعوى بالمجهول في مجال التصرفات المالية في الفقه الإسلامي والقانون المدني

تمهيد وتقسيم :

يطلق التصرف لغة على عدة معان منها : الاحتيال في الأمر والتقلب فيه. يقال : تصرف فلان في الأمر، أى احتال فيه وتقلب. **ومنها** : الاكتساب. يقال : تصرف فلان لعياله، أى اكتسب لهم. **ومنها** : تقلب الأحوال، يقال : تصرفت الأحوال، أى تقلبت.[1]

ويطلق في اصطلاح الفقهاء على : الالتزام الذي يصدر من الشخص، فيرتب الشرع عليه أحكامه، سواء كان بسيطًا أى من جانب واحد كالنذر، أو كان مركبًا من التزامين متبادلين، يرتب أولهما على ثانيهما، كما في عقود المعاوضات.[2]

ويطلق في الفقه القانوني على : الإرادة التي تتجه إلى إحداث آثار قانونية، فيرتب القانون عليها – إذا تم التعبير عنها وفقًا لأحكامه – حدوث هذه الآثار.[3]

والتصرفات المالية : هي التصرفات التي ترد على مال[4] ،أى التى يكون محلها مالاً ، سواء صدرت باتفاق إرادتين من جانبين مختلفين ، أو بإرادة منفردة من

---

[1] القاموس المحيط ١٦٧/٣، المعجم الوسيط ٥١٣/١، الموسوعة الفقهية – وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت ١٧/١٢ط٢ سنة ١٤٠٨هـ – ١٩٨٨م.

[2] العرف والعادة في نظر الفقهاء للأستاذ محمد فهمي أبي سنة ص١٤٧ – مطبعة الأزهر – سنة ١٩٤٧م. ومن تعريفات التصرف أيضًا أنه : "كل ما يصدر عن شخص بإرادته، ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية". (المدخل الفقهي العام – الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد – للأستاذ / مصطفى الزرقاء ٢٨٨/١ ف ١٣١ ط دار الفكر سنة ١٩٦٧ – ١٩٦٨م، الموسوعة الفقهية ١٧/١٢) وأيضًا أنه : "كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية، ويرتب عليه الشارع أثرًا شرعيًا في المستقبل" (الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبي زهرة ص١٧٥ ف١٠٢ ط دار الفكر العربي – القاهرة – ١٤١٦هـ – ١٩٩٦م) ويلاحظ أن التعريف الأخير غير جامع؛ لأنه لا يشمل التصرفات الفعلية؛ لإيراده لفظ "القولية" فيه.

[3] د. جميل الشرقاوي – مصادر الالتزام ص٤٣ ف٨ ط دار النهضة العربية سنة ١٩٩٥م، د. عبدالمنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام ص٤٢ ف٣٢ ط ١٩٨٤م، د. عبدالمنعم البدراوي – مصادر الالتزام ص٢٦ ف ١٩ ط ١٩٧٥، د. عبدالناصر توفيق العطار – مصادر الالتزام ص١٥ ف٨ – مطبعة السعادة – القاهرة ١٩٧٥م.

[4] والمال يطلق لغة على ما ملكته من كل شيء. فيشمل جميع ما تملكه من ذهب وفضة وحيوان ونبات وأرض ومنفعة. ويطلق اصطلاحًا على ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة إليه. أو بعبارة أخرى : يطلق على ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعًا عاديًا. وعليه فلا يعد الشيء مالاً إلا إذا توافر فيه أمران : إمكان إحرازه، وإمكان الانتفاع به إنتفاعًا عاديًا، سواء كان محرزًا ومنتفعًا به فعلاً كجميع الأشياء التي تملكها من أرض ومتاع وحيوان ونقود، أم غير محرز ولا منتفع به، ولكن من الممكن أن يتحقق فيه ذلك، كجميع المباح من الأعيان، مثل السمك في البحر، والطير في الهواء، والصيد في الفلوات، والشجر في الغابات؛ إذ من الممكن أن يحاز كل ذلك وينتفع به.

جانب واحد ، على سبيل المعاوضة كالبيع ، أوالتبرع كالهبة، أو الإثبات كالإقرار ، أو الإسقاط كالإبراء من الدين.

وكثير من هذه التصرفات ما يمكن أن يقع على محل مجهول، وذلك كالإقرار بالمجهول ، والوصية بالمجهول ، وهبة المجهول ، والإبراء من المجهول .

ووقوع هذه التصرفات على محل مجهول، مشروع باتفاق الفقهاء في بعضها، وعلى رأى بعضهم في بعضها الآخر.

ومشروعية وقوع هذه التصرفات على محل مجهول، تستتبع بالضرورة مشروعية الدعوى بهذا المحل مجهولاً؛ فالمقر له بشيء مجهول، لا يمكنه أن يطالب به عن طريق القضاء إلا مجهولاً. والموصى له بشيء مجهول، لا يمكنه أن يطالب به عن طريق القضاء إلا مجهولاً. وكذلك من وُهب له شيء مجهول، أو أُبرئ من دائنه من دين مجهول، أو غير هؤلاء ممن كانت حقوقهم مجهولة ولم يستطيعوا أن يحصلوا على تفسير أو بيان لها ممن هي لديهم، لا يمكنهم أن يطالبوا بها إلا مجهولة. وقد اجتهد الفقهاء - **رحمهم الله** - في وضع السبل التي يمكن للقاضي على أساسها أن يصدر حكمه في مثل هذه الدعاوي إن رفعت.

وفي هذا الباب أبين - بمشيئة الله تعالى - أحكام الدعوى بالمجهول في مجال هذه التصرفات، موزعًا على فصول ثلاثة :

الفصل الأول : في أحكام الدعوى بالمجهول في مجال التصرفات الملزمة للجانبين في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

الفصل الثاني : في أحكام الدعوى بالمجهول في مجال التصرفات الملزمة لجانب واحد في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

الفصل الثالث : في أحكام الدعوى بالمجهول في مجال التصرفات المثبتة للحقوق والمسقطة لها في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

= أما ما لا يمكن حيازته، فلا يعد مالاً وإن انتفع به، كالشرف والصحة والذكاء والعلم وضوء الشمس وحرارتها. وكذلك ما يمكن حيازته دون أن يكون الانتفاع العادي به ممكنًا، كحفنة من تراب، وقطرة من ماء، ونملة، فلا يعد شيء من ذلك مالاً وإن أحرز فعلاً؛ ولذا تزول عن المال ماليته إذا قل حتى صار إلى حالة لا ينتفع بها انتفاعًا عاديًا، كحبة من أرز؛ لعدم إمكان الانتفاع بها وحدها عادة. (لسان العرب مادة "مول" ٦٣٥/١١ ، ٦٣٦، القاموس المحيط ٥٣/٣، البحر الرائق ٥/ ٢٥٦ ، ٢٥٧، المادة ١٢٦ من المجلة، درر الحكام ١٠٠/١ ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص٢٨ ط١ دار الفكر العربي ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبي زهرة ص٤٧، ٤٨ ف) .

الفصل الأول
أحكام الدعوى بالمجهول
في مجال التصرفات الملزمة للجانبين
في الفقه الإسلامي والقانون المدني

تمهيد :

يقصد بالتصرفات الملزمة للجانبين : التصرفات التي تولد التزامات على عاتق كل من الطرفين : كالبيع؛ فإنه يولد التزامات على البائع، كالتزامه بنقل الملكية، والتزامه بالتسليم. وفي نفس الوقت يولد التزامات على المشتري، كالتزامه بدفع الثمن[1].

ومن هذه التصرفات ما يصح أن يكون المدعى به فيها مجهولاً ، وأبرز أمثلة لذلك : الرهن والوديعة والبيع.

ذلك أن بعض الفقهاء قد قالوا بجواز أن ينعقد الرهن على مجهول، ولم يشترطوا القبض لتمامه، فلو افترضنا أن الراهن قد أحجم بعد انعقاد العقد عن إقباض الشيء المرهون للمرتهن، وأراد المرتهن أن يطالب الراهن بإقباضه إياه عن طريق القضاء، فإنه لا يمكنه أن يطالب به إلا مجهولاً. كما أنه حتى لو انعقد على معلوم، قد ينساه الراهن أو يموت دون أن يعلمه لورثته، ويجحده المرتهن. فإذا أراد الراهن أو ورثته مطالبة المرتهن به عن طريق القضاء، فإنهم لا يمكنهم أن يطالبوا به إلا مجهولاً.

وأيضًا فإن المودع لديه قد ينكر الوديعة عندما يطلبها منه المودع. وقد قال الفقهاء بأن إنكار الوديعة أو جحودها عند طلبها، يوجب ضمان الوديع لها. ففي هذه الحالة، لو افترضنا أن المودع شك في بقاء الوديعة على حالها، فلا يدري أيطالب بعينها أم بقيمتها، فإن له أن يرفع دعوى على الشك ويقول : "لي عنده عين كذا" دون أن يحدد ما يطلبه منه. وكذلك لو كان المودع قد استكتم الوديع عن بيان مقدار الوديعة، أو وضع وديعته في حساب سريّ لدى أحد البنوك، وتوفى وجحد الوديع أو البنك هذه الوديعة، فإن الورثة لا يمكنهم المطالبة بها إلا مجهولة.

كذلك فإنه قد يحدث أن يكتشف المشتري في المبيع عيبًا من العيوب التي تثبت له الخيار بين إمضاء البيع أو فسخه، وفي نفس الوقت يقوم مانع من الفسخ. وفي هذه الحالة لا يكون أمام المشتري إلا الرجوع على البائع بأرش العيب الذي وجده في المبيع. وهذا الأرش قد يكون مجهولاً بالنسبة للمشتري وخاصة إذا لم يكن من أهل الخبرة في المبيع. وبالتالي فلا يمكنه أن يدعي به إلا مجهولاً.

وفي هذا الفصل أبين بمشيئة الله تعالى الأحكام الخاصة بكل من هذه الدعاوى – دعوى الرهن المجهول، ودعوى الوديعة المجهولة، ودعوى الأرش في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني، وذلك في ثلاثة مباحث على النحو التالي :

---

[1] د. عبدالخالق حسن أحمد : دروس في مصادر الالتزام ص٢٠، ٢١ ط سنة ١٤٠٧هـ – ١٩٨٧م، د. عبدالمنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام ص٤٢، ٤٣ ف٣٢، د . حمدى عبد الرحمن – الوسيط في النظرية العامة للالتزامات – الكتاب الاول ص ٩٦ ط١ دار النهضة العربية – القاهرة سنة ١٩٩٩م .

المبحث الأول
أحكام دعوى الرهن المجهول
في الفقه الإسلامي والقانون المدني

تمهيد

يطلق الرهن في اللغة على الثبوت والدوام، كما يطلق على الحبس. ومن الأول قولهم : نعمة الله راهنة : أي ثابتة ودائمة. ومن الثاني قوله تعالى :﴿**كل نفس بما كسبت رهينة**﴾ (١) أي محبوسة بكسبها وعملها. (٢)

وفي عرف الفقهاء : له تعريفات كثيرة أرجحها ما عرفه به المالكية من أنه : "بذل من له البيع ما يباع، أو غرراً ولو اشترط في العقد؛ وثيقة بحق. (٣)

أي أنه إعطاء من تتوافر فيه أهلية البيع صحة ولزومًا، ما يصح بيعه من كل طاهر، منتفع به، مقدور على تسليمه، معلوم، غير منهى عنه، أو شيئًا ذا غرر(٤)؛ لأجل توثق المرتهن به في حق له على الراهن، موجود أو سيوجد. (٥)

أما في القانون المدني فإنه نوعان : رسمي وحيازي.

وقد عرفت المادة ١٠٣٠ من القانون المدني **الرهن الرسمي** بأنه : "عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقًا عينيًا، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين، والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون".

كما عرفت المادة ١٠٩٦ من القانون المدني **الرهن الحيازي** بأنه : "عقد به يلتزم شخص ضمانًا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئًا يرتب عليه للدائن حقًا عينيًا، يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين،

---

(١) الآية ٣٨ من سورة المدثر.

(٢) لسان العرب لابن منظور مادة "رهن" ١٨٩/١٣، الصحاح للجوهري ٢١٢٨/٥.

(٣) مختصر الإمام خليل مع مواهب الجليل والتاج والإكليل ٥٣٨/٦.

(٤) والغرر لغة : الجهل بالأمور والغفلة عنها. يقال : اغتر فلان، أى غفل. واغتر بكذا، أى خدع به. وقد عرفه بعض العلماء بأنه : ما كان له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول. كما عرفه الصنعاني بأنه الخداع الذي هو مظنة أن لا رضا به عند تحققه. (المصباح المنير مادة "غرر" ٤٤٤/٢، الشيخ محمد فؤاد عبدالباقي في تحقيقه للموطأ ٦٦٤/٢ هامش "بيع الغرر"، سبل السلام للصنعاني ١٨/٣).

(٥) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٣١/٣، ٢٣٢.

وأن يتقدم الدائنين العاديين، والدائنين التالين له في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

والنوع الأول قانونًا لا يرد إلا على عقار، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك[١]، ولا ينعقد إلا بورقة رسمية [٢]

أما النوع الثاني، فلا يرد إلا على ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني، من منقول وعقار[٣]. ولا تشترط فيه الرسمية. وإنما يكفي فيه التراضي مع سائر الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد العقد وصحته. [٤].

والرهن المجهول : هو الرهن الذي تم عقده، دون أن يُبيِّنَ الشيءُ المرهون فيه بيانًا كافيًا للعلم به. كما لو اقترض شخص من آخر مبلغًا لأجَل، على أن يرهنه شيئًا، دون بيان لماهيته، أو أرضًا دون بيان لمقدارها وحدودها، أو ثوبًا دون بيان لنوعه أو صفته وهكذا.

وكما أن جهالة الشيء المرهون يمكن أن تكون بالنسبة للمرتهن - الدائن - فإنها أيضًا يمكن أن تكون بالنسبة للراهن - المدين - كما لو رهن الدائن شيئًا معلومًا ثم جهل قدره أو جنسه أو صفته؛ لطول عهد أو غيره.

ويلزمنا لكي نوضح أحكام الدعوى بهذا الرهن المجهول، أن نبين أولاً آراء الفقهاء في رهن المجهول. وثانيًا مشروعية الدعوى به والحكم فيها في الفقه الإسلامي، ثم نتبع ذلك ببيان موقف القانون المدني من رهن المجهول والدعوى به، ثم نعقد مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في هذه الدعوى والحكم فيها. وذلك في مطالب أربعة على النحو التالي :

---

[١] م ١٠٣٥ مدني : وقد جاءت نصوص تقضي بغير ذلك، فجاءت المواد من ٨ : ١٨ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠م وأجازت رهن المحال التجارية، وبينت الإجراءات التي تتبع في ذلك . ولا يقصد بالمحل التجاري، المحل الذي يباشر فيه الاستغلال التجاري. وإنما يقصد به المتجر كمجموعة أو كوحدة قائمة بذاتها، لها كيان مستقل عن العناصر التي يتكون منها. ومن ثم فقد عرف المحل التجاري بأنه : "وحدة تشتمل على مجموعة من العناصر المتصلة بمشروع معين. (د. محمود سمير الشرقاوي - القانون التجاري ١/٧٦، ٧٨، ١٠٨ ف٨٧، ٨٨، ١٢١ ط دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ١٩٨٢م). كما جاء القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١م وأجاز رهن السفن البحرية. (د. السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ١٠/ ٤٠٥، ٤٠٦ ف١٥٧ ط دار النشر للجامعات المصرية سنة ١٩٦٠، د. نبيل إبراهيم سعد - التأمينات الشخصية والعينية ص٤٨ ف٢٩ - منشأة المعارف - الاسكندرية سنة ١٩٨٢).

[٢] م ١٠٣١ / ١ مدني.

[٣] م ١٠٩٧ مدني.

[٤] د. نبيل إبراهيم سعد - التأمينات الشخصية والعينية ص١٧٧ ف١٣٨، د. سمير تناغو - التأمينات الشخصية والعينية ص٣٦٥، ٣٦٦ - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٥م.

المطلب الأول
آراء الفقهاء في رهن المجهول

ذهب أكثر الفقهاء إلى اشتراط كون المرهون معلومًا قدرًا وصفة وجنسًا. فلو اختل هذا الشرط، بأن كان المرهون مجهول القدر أو الصفة أو الجنـس، فلا يصح الرهن. [١]

فمثلاً لو قال : رهنتك هذا الجراب أو البيت أو المحفظة بما فيها، لا يصح؛ لأنه مجهول. كذا لو قال : رهنتك أحد هاتين الشاتين أو البقرتين، لا يصح أيضًا؛ لعدم التعيين. [٢]

وإنما كان ذلك؛ لأن القاعدة، أن كل عين جاز بيعها، جاز رهنها؛ لأن مقصود الرهن، الاستيثاق بالدين؛ للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن، إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها[٣] فالمجهول لا يمكن الاستيثاق به، ولا يمكن استيفاء الدين من ثمنه.

أما إنه لا يمكن الاستيثاق به؛ فلأنه لا يؤمن أن يأتي المدين بشيء أقل من قيمة الدين، فلا يتحقق الاستيثاق[٤] .

وأما إنه لا يمكن استيفاء الدين من ثمنه؛ فلأنه لا يمكن بيعه. [٥]

وقد خالف في ذلك المالكية؛ فإنهم بعد أن قرروا قاعدة "أن ما جاز بيعه جاز رهنه"، أباحوا رهن الغرر ورهن المجهول، كالعبد الآبق، والبعير الشارد، والجنين في بطن أمه. [٦] إذا لم يقارن الرهن عقد البيع، بلا خلاف في المذهب، وإن قارنه، ففيه خلاف المشهور الجواز أيضًا. [٧]

---

(١) البدائع ٢٠٤/٦، ٢٠٧، الهداية ١٥٧٣/٤، مغني المحتاج ١٦٨/٢، فتح الوهاب بحاشية البحيرمي ٤٧٣/٢، ٤٧٤، شرح المحلى وحاشية القليوبي ٣٦١/٢، ٣٦٢، المغني ٤١٦/٤، الشرح الكبير معه ٤١٥/٤، منار السبيل ٣٢١/١، الإنصاف ١٢٢/٥، حدائق الأزهار والسيل الجرار ٢٧١/٣، شرائع الإسلام ٧٦/٢، شرح كتاب النيل ١٩/١١.

(٢) المغني ٤١٦/٤، الشرح الكبير معه ٤١٥/٤.

(٣) المغني ٤٠٧/٤، ٤١٥، الإقناع لابن المنذر ص١٢٨ تحقيق أ. أيمن صالح شعبان ط١ دار الحديث – القاهرة – ١٤١٠ هـ – ١٩٩٤م.

(٤) الهداية والعناية ١٦٧/١٠، ١٦٨، تبيين الحقائق ٧٧/٦.

(٥) البدائع ٢٠٧/٦، المغني ٤١٥/٤، المقنع والشرح الكبير ٤١٠/٤.

(٦) فقد جاء في الكافي لابن عبدالبر ص٤١٠ : "وقد يجوز عند مالك في الرهون من الغرر والمجهول، ما لا يجوز في البيوع، مثل رهن العبد الآبق، والجمل الشارد، والجنين في بطن أمه" أهـ.

(٧) مواهب الجليل والتاج والإكليل ٥٣٨/٦، جواهر الإكليل ٧٧/٢.

وقد عللوا ذلك : بأن عقد البيع لا يتوقف على الرهن، فيجوز ترك الرهن من أصله، إلا أن الغرر أو المجهول شيء في الجملة، وشيء في الجملة خير من لا شيء.[١]

كما أن الشرط عندهم : أن تكون العين المرهونة قابلة للبيع عند حلول الأجل، لا عند العقد.[٢]

وإلى هذا الرأى أيضًا ذهب أغلب الإباضية.[٣]

إلا أن أولى هذين الرأيين بالاتباع : هو الأول؛ لقوة أدلته وصحتها؛ ولأن جهالة المرهون قد تؤدي إلى حدوث نزاع بين الراهن والمرتهن؛ إذ قد لا يقنع المرتهن بما يدفعه له الراهن، ويصر الراهن على عدم إعطائه غيره، فيقوم النزاع، وفي هذا من الفساد ما فيه، ولا شك أن درء المفاسد واجب، وهو مقدم على جلب المصالح.

والله تعالى أعلم.

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٣١/٣، ٢٣٢، جواهر الإكليل ٧٧/٢، شرح منح الجليل ٥٦/٣، شـرح الزرقاني ٢٣٤/٥.

(٢) بداية المجتهد ٣٢٣/٢.

(٣) فقد جاء في شرح كتاب النيل لأبن إطفيش ١٩/١١ : "ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه، وكذا العكس منتف؛ لأن المجهول يجوز رهنه ولا يجوز بيعه، كما ذكره أبو عبدالله محمد بن عمرو بن أبي ستة، وذكره الثلاثي في ديوانه، وذُكر في "لقط" أبي عزيز، ونصـه : وعمّن رهن لرجل فدانًا وهو لم يعرفه ولا المرتهن. قال : ذلك جائز، وليس هو مثل البيع" أهـ.

المطلب الثاني
رفع دعوى الرهن المجهول والقضاء فيها
في الفقه الإسلامي

دعوى الرهن المجهول يتصور رفعها من المرتهن ومن الراهن. وفيما يلي تفصل ذلك وبيان السبب في كل.

أولاً : رفع المرتهن دعوى الرهن المجهول، والقضاء فيها :

على رأى المالكية وأغلب الإباضية الذين قالوا بجواز رهن المجهول، لو افترضنا أن الراهن – المدين – أحجم أو امتنع عن تنفيذ ما التزم به من دفع الرهن للمرتهن – الدائن –، أفلا يحق للدائن أن يرفع دعوى على المدين، يطالبه فيها بتنفيذ التزامه هذا ؟

لا شك أن تجويز رهن المجهول، يقتضي صحة رفع هذه الدعوى، رغم أن المدعى به فيها مجهول، فيقول : أدعى على فلان شيئًا كان قد رهنه لي في دين مقداره كذا. ولابد أن تكون هذه الدعوى مقبولة؛ لأنه ما من حق معترف به شرعًا، إلا وله دعوى تصونه وتحميه من أى اعتداء، كما أن أصحاب هذا الرأى، قد ذهبوا إلى أن الرهن ينعقد ويصح ويلزم، بمجرد العقد – الإيجاب والقبول – ولا أثر للقبض في الرهن، وإنما هو شرط لكمال فائدته.[1]

وهنا يقضي القاضي بإجبار المدين – الراهن – على تنفيذ التزامه، فقد جاء في القوانين الفقهية : "المسألة الثالثة في القبض، وهو الحوز فهو شرط تمام في العقد ....،

---

[1] بداية المجتهد ٣٢٥/٢، الكافي لابن عبدالبر ص٤١٠، شرح كتاب النيل ٣٧/١١، ٤٠ وإلى هذا ذهب بعض الإمامية. والإمام أحمد في رواية إذا كان الرهن غير مثلى. بينما ذهب جمهور الفقهاء : الحنفية والشافعية والزيدية، والإمامية في الأصح، إلى أن القبض شرط للزوم العقد، وبهذا قال الحنابلة إذا كان الرهن مثليًا، ى مكيلاً أو موزونًا أو معدودًا أو مذروعًا أو مصنوعًا، والإمام أحمد في رواية هي صحيح المذهب إذا كان الرهن غير مثلى. وعلى هذا فإن العقد قبل القبض يكون صحيحًا، إلا أنه غير لازم. أما الظاهرية وابن أبي ليلى، فقد ذهبوا إلى أن القبض شرط لصحة العقد، فلو لم يتم القبض لا يصح العقد. (البدائع ٢٠٧/٦ وما بعدها ، الاختيار لتعليل المختار ٦٣/٢، تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين ٦٦/١٠، ٦٧، شرائع الإسلام ٧٥/٢، حدائق الأزهار والسيل الجرار ٢٧١/٣، وما بعدها، فتح الوهاب مع حاشية البجيرمي ٤٨٥/٢، ٤٨٦، شرح المحلى وحاشية القليوبي ٢٦٨/٢، المغني ٣٩٩/٤، ٤٠٠، الإنصاف ١٣٣/٥، ١٣٤، المحلى لابن حزم ٣٦٣/٦) .

فإذا عقد الرهن بالقول، لزم وأجبر الراهن على إقباضه للمرتهن في المطالبة به".[1] كما جاء في المختصر : "وأجبر عليه إن شُرط ببيع وعُيِّن، وإلا فرهنٌ ثقة".[2]

ومعنى ذلك أن المدين يجبر على تنفيذ ما التزم به أمام الدائن إن كانا قد اشترط الرهن وعينا الشيء المرهون عند انعقاد العقد. أما لو كانا قد اشترطاه ولم يعينا الشيء المرهون عند العقد، فإنه يجبر على إعطاء الدائن رهنًا يعدل في قيمته مقدار الدين، أي يمكن استيفاء الدين من ثمنه، حتى يتحقق المقصود من شرعية الرهن، وهو استيثاق الدائن بالدين، واستيفاء حقه من ثمنه عند عجز المدين عن الوفاء بالدين.[3]

وجاء في كتاب النيل : "... فعلى الأول، القبض من شرط التمام" فيلزم الرهن بالعقد، فيجبر الراهن بالإقباض[4].

ثانيًا : رفع الراهن دعوى الرهن المجهول، والقضاء فيها :

ما سبق بيانه هو ما يقتضيه مذهب المالكية وأغلب الإباضية.

أما رفع دعوى الرهن المجهول من الراهن، فقد صرح الحنفية بجوازه هو وبعض الدعاوى استثناء من الأصل العام عندهم، وهو عدم جواز دعوى المجهول. فقد جاء في حاشية رد المحتار : "ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول : دعوى الرهن والغصب ... إذا شهدوا أنه رهن عنده ثوبًا ولم يسموا الثوب، ولم يعرفوا عينه، جازت شهادتهم. والقول للمرتهن في أى ثوب كان، وكذلك في الغصب".[5]

---

(1) القوانين الفقهية لابن جزى ص٣١٩، وانظر أيضًا : تبصرة الحكام لابن فرحون ٢٠٧/٢.

(2) مختصر خليل مع جواهر الإكليل ٨٢/٢.

(3) جواهر الإكليل ٨٢/٢، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٤٧/٣.

هذا وقد ذهب بعض فقهاء المالكية إلى أن الدائن في حالة ما إذا كان الرهن مجهولاً وامتنع المدين من دفعه، يخير بين إمضاء العقد بغير رهن، وبين فسخه واسترداد دينه إن كان قائمًا أو قيمته أو مثله إن كان قد هلك. (التاج والإكليل ٥٦٢/٦، الكافي ص٤١١).

(٤) كتاب النيل وشرحه لابن أطفيش ٤٠/١١ .

(٥) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٢٥٢/٨، وانظر أيضًا : قرة عيون الأخيار ٤٥٤/١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢١٨، ٢٤٦، الأصول القضائية ص٧، المادة ١٦٢١ من مجلة الأحكام العدلية، درر الحكام ١٦١/١٤، ١٧٠.

ومنه يتضح أنه إذا رهن المدين رهنًا، وجهل قدره أو جنسه أو صفته، وأراد استرداده بعد قضاء الدين من المرتهن، فجحده هذا الأخير، فرفع الراهن دعوى يطالب فيها الدائن برد ما ارتهنه، فهذه الدعوى - رغم أن المدعى به فيها مجهول، إلا أنها مقبولة، خاصة إذا أقام الراهن بينة على أنه قد رهنه رهنًا.

وهنا يجبر القاضي المرتهن على بيان الرهن، فإن أبى، حُبس حتى يبينه، فيقضى عليه به إن كان قائمًا، أو بقيمته إن كان قد هلك.[1]

هذا إذا أقام المدعي - الراهن - بينة على دعواه، أما إذا لم يقم بينة، فإن هذه الدعوى تكون مقبولة أيضًا، وفائدتها تكمن في توجه اليمين على خصمه - المرتهن - إذا أنكر، وجبره على البيان إذا أقر أو نكل عن اليمين، كما سبق ذكره في الخلاف في مدى لزوم معلومية المدعى به لصحة الدعوى.[2]

---

(١) درر الحكام ١٤/١٧٠، شرح المجلة لسليم رستم باز ٢/٩١٦.

(٢) المرجعان والموضعان السابقان، نتائج الأفكار ٨/١٦٠.

المطلب الثالث
موقف القانون الوضعي من رهن المجهول والدعوى به

عرفنا أن الرهن في القانون الوضعي نوعان : **رسمي وحيازي**، وأن الرهن الرسمي لا يرد إلا على عقارمالم يرد نص يقضي بغير ذلك، وأن الحيازي لا يرد إلا على ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار. [١].

وفيما يلي نبين حكم رهن المجهول في كل منهما :

أولاً : حكم رهن المجهول رهنًا رسميًا :

سار المقنن المصري في التقنين المدني على مبدأ تخصيص الرهن الرسمي، وسجله في نصوصه، وجعل البطلان جزاء تخلفه[٢] .

فقد تضمنت النص على هذا المبدأ المادتان ١٠٣٥ من القانون المدني، و٣٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقاري[٣] .

ويقصد بهذا المبدأ :أن يقع الرهن على عقار أو عقارات معينة،من حيث نوعها وموقعها من ناحية، وأن يترتب لضمان دين محدد من حيث قدره وسببه من ناحيـــة أخرى. [٤].

أى أن مبدأ تخصيص الرهن الذي سار عليه التقنين المدني المصري، يقتضي بالنسبة للرهن الرسمي أمرين :

أحدهما : تخصيص العقار المرهون، فيجب تعيينه تعيينًا دقيقًا في عقد الرهن بالذات.

والثاني : تخصيص الدين المرهون، فيجب ذكر مقدار الدين الذي يتضمنه الرهن [٥] .

---

(١) راجع صـ ١٨٠ .

(٢) د. السنهوري – الوسيط ٤٠٢/١٠ ف١٥٥، د. نبيل إبراهيم سعد – التأمينات الشخصية والعينية ص٨١ ف٥٦.

(٣) د. محمود جمال الدين زكي – التأمينات الشخصية والعينية ص ٢١٥ – مطبعة الشعب بالقاهرة ط٣ سنة ١٩٧٩.

(٤) د. محمود جمال الدين زكي – التأمينات الشخصية والعينية ص٢١٦، د. نبيل إبراهيم سعد – التأمينات الشخصية والعينية ص٨١ ف٥٧، د. عادل جبري محمد حبيب – التأمينات الشخصية والعينية ص١٠٩ ف١٦٣ – الأندلس للنشر والتوزيع – طنطا ١٩٩٠.

(٥) د. السنهوري – الوسيط ٤٠٢/١٠، ف١٥٥، د. سمير تناغو – التأمينات الشخصية والعينية ص١٥٤، د. نبيل [illegible] سعد – التأمينات الشخصية والعينية ص [illegible]

وتطبيقًا لهذا المبدأ، نصت المادة ٢/١٠٣٥ مدني، على أنه : "يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، وأن يكون معينًا بالذات تعيينًا دقيقًا من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته، أو في عقد رسمي لاحق،وإلا وقع الرهن باطلاً".

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني : "وتقتضي قاعدة تخصيص الرهن، أن يكون العقار المرهون معينًا تعيينًا دقيقًا من حيث الطبيعة والموقع، فإذا لم يرد في العقد هذا التحديد، أمكنت تكملته في ورقة لاحقة، تكون هي أيضًا رسمية، وتعتبر ملحقًا لعقد الرهن".[١]

ومعنى ذلك ، أنه لكي يكون الرهن صحيحًا، فإنه يجب أن يكون الشيء المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، تطبيقًا للمبدأ العام، الذي يقضي ببطلان العقد إذا كان محل الالتزام مخالفًا للنظام العام أو للآداب.[٢]

كما يجب أن يكون العقار معينًا تعيينًا دقيقًا من حيث طبيعته، ومن حيث موقعه.

ويقصد بطبيعة العقار : نوعه أو صفاته المميزة له. ويقصد بموقعه : المكان الذي يشغله من الإقليم، بالنسبة إلى العقارات المجاورة.[٣]

وعلى ذلك ، فيجب بيان ما إذا كان العقار أرضًا أو مصنعًا أو منزلاً، فإن كانت أرضًا، يبين هل هي أرض زراعية أو أرض بناء أو غير ذلك.[٤] فإن كانت أرضًا زراعية، وجب ذكر اسم البلد واسم الحوض ورقم القطعة ومساحتها وحدودها. وإن كانت أرض بناء، وجب ذكر اسم البلد الذي تقع فيه، واسم الحي، واسم الشارع، ومساحتها وما إلى ذلك. وإن كان منزلاً، وجب ذكر اسم البلد، واسم الحي، واسم الشارع، ورقم العقار المرهون، وكذلك مكوناته، وما إلى ذلك.[٥]

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٢/٧، د. السنهوري – الوسيط ٤٠٩/١٠ ف١٥٨.

(٢) م ١٣٥ مدني، د. محمود جمال الدين زكي – التأمينات الشخصية والعينية ص١٩٨، ١٩٩.

(٣) المرجع السابق ص٢٢٤ ف١١٧.

(٤) د. السنهوري – الوسيط ٤١٠/١٠ ف١٥٨، د. عادل جبري حبيب ـ التأمينات الشخصية والعينية ص١٠٩ ف ١٦٣.

(٥) د. سمير تناغو – التأمينات الشخصية والعينية ص١٥٧ ف٦٨، د. نبيل إبراهيم سعد – التأمينات الشخصية والعينية ص٨١ ف٥٨، د. عبدالمنعم البدراوي – التأمينات العينية ص٧١ ف٥٢ ط دار القومية العربية ١٩٧٩، د. محمود جمال الدين زكي – التأمينات الشخصية والعينية ٢٢٤ ف١١٧.

ويحسن كذلك ذكر ما يحمله العقار من مميزات، وما أعد له من أغراض وخدمات وغير ذلك، مما يجعل العقار موصوفًا وصفًا تامًا، ومميزًا تمييزًا دقيقًا عن سائر العقارات، يمكن معه أن يتعين من بين كثير من العقارات المشابهة، كما يجب ذكر ما إذا كان ملكًا كاملاً أو حق رقبة أو حق انتفاع. (١)

وإذا أغفل أحد هذه البيانات، ولم يمنع هذا من اعتبار العقار معينًا تعيينًا دقيقًا، فلا يترتب على هذا الإغفال أي أثر؛ إذ الفكرة هي تعيين العقار بما ينفي عنه الجهالة. (٢)

وتقدير ما إذا كان التخصيص كافيًا أو غير كاف، يعد أمرًا متروكًا لقاضي الموضوع. (٣)

ويجب أن يتم هذا التحديد الدقيق في نفس عقد الرهن الرسمي، فإذا لم يحدد في نفس العقد الرسمي، أو حُدد تحديدًا غير دقيق، وجب إلحاق العقد بورقة أخرى تكون هي أيضًا رسمية، ويحدد فيها العقار تحديدًا دقيقًا، أو يستكمل فيها ما نقص من هذا التحديد في العقد الرسمي، وتعتبر هذه الورقة ملحقًا للعقد الرسمي، فيكون العقد الرسمي مشتملاً على ورقتين، ورقة يذكر فيها العقد، وأخرى يحدد فيها العقار المرهون تحديدًا دقيقًا. (٤)

وقد برر الفقه لزوم هذا التخصيص أو التعيين؛ بأنه يهدف إلى حماية الراهن، فلعل في تخصيصه للعقارات المرهونة على وجه الدقة في عقد الرهن، إلى جانب تخصيص الدين، ما يجعله يقتصد في الرهن، فيقتصر على رهن العقارات الكافية لضمان الدين دون إفراط. (٥)

وذلك لأن الرهن العام له أضرار كثيرة بمصلحة الأطراف الخاصة، وبالمصلحة العامة. فالمدين الذي يرهن كل أمواله ضمانًا للوفاء بدين للدائن، يستنفد في تصرف واحد كل ما يمكن الحصول عليه من ائتمان. وتتعطل كذلك سلطته في التصرف في أمواله؛ لأن الفرض أنها جميعًا مرهونة، ومن الصعب التصرف في مال مرهون.

---

(١) د. السنهوري - الوسيط ١٠/٤١٠ ف١٥٨.

(٢) د. سمير تناغو - التأمينات الشخصية والعينية ص١٥٧، ١٥٨ ف٦٨.

(٣) د. عبدالمنعم البدراوي - التأمينات العينية ص٧١ ف٥٢، د. نبيل إبراهيم سعد - التأمينات الشخصية والعينية ص٨١ ف٥٨، د. عادل جبري حبيب - التأمينات الشخصية والعينية ص١٠٩ ف١٦٣.

(٤) د. السنهوري - الوسيط ١٠/٤١٠، ٤١١ ف١٥٨.

(٥) د. البدراوي - التأمينات العينية ص٦٩ ف٥١.

ويترتب على هذا مساس بفكرة الائتمان في المجتمع، وتعطيل للتصرفات الواردة على عقارات، وفي هذا ضرر للمصلحة العامة لا شك فيه.[١]

وبناء على هذه الأهمية الكبرى لتحديد العقار المرهون، فقد رتبت المادة المذكورة[٢] البطلان على إغفاله. والبطلان هنا بطلان مطلق؛ لأن هذا التحديد الدقيق هو أصل من أصول تخصيص الرهن، هذا المبدأ الجوهري الذي لا يقوم الرهن بدونه. وعليه فللقاضي في هذه الحالة، أن يحكم به من تلقاء نفسه، كما أن لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، سواء كان هو الدائن المرتهن أو الراهن، أو ورثة كل منهما، أو الدائنون المرتهنون المتأخرون في المرتبة، أو الحائز للعقار.[٣]

وبهذا يُعلم أن رهن المجهول في القانون المدني المصري رهنًا رسميًا، لا يصح ويقع باطلاً بطلانًا مطلقًا.

وإذا تقرر هذا، فإن دعوى المجهول لا تُتصور في مجال الرهن الرسمي؛ لأن تصورها مترتب على صحة رهن المجهول، فإذا ما ثبت عدم صحة رهن المجهول، ترتب عليه عدم تصور قيام دعوى الرهن المجهول.

ثانيًا : حكم رهن المجهول رهنًا حيازيًا :

إذا ثبت هذا بالنسبة للرهن الرسمي، فإن الوضع في الرهن الحيازي لا يختلف كثيرًا عنه في الرهن الرسمي.

ذلك أن بعض فقهاء القانون ، قد ذهبوا إلى وجوب تطبيق مبدأ تخصيص الرهن على الرهن الحيازي تمامًا كما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمي. وقالوا : "بوجوب أن يبين المنقول المرهون بيانًا كافيًا، بذكر البيانات التي تحدده بدقة وتميزه عن غيره، كبيان جنسه وصفاته ووزنه ومقاسه، لاتقاء الغش الذي قد يعمد إليه الراهن؛ باستبدال منقول صغير القيمة بالمنقول المرهون". وأضافوا : "ويجوز أن يعين المنقول المرهون في ورقة منفصلة عن عقد الرهن، تكون هي الأخرى ثابتة التاريخ. ويقدر قاضي الموضوع، ما إذا

---

[١] د. سمير تناغو – التأمينات الشخصية والعينية ص١٥٦، ١٥٧ ف٦٨، د. نبيل إبراهيم سعد – التأمينات الشخصية والعينية صـ٨٠ ف٥٦.

[٢] م ٢/١٠٣٥ مدني.

[٣] د. السنهوري – الوسيط ٤١١/١٠ ف١٥٨.

كانت البيانات التي يتضمنها العقد كافية لتعيين المنقول المرهون، ليكون الرهن نافذًا في مواجهة الغير، أم غير كافية لهذا التعيين؛ ليعتبر الرهن غير نافذ في مواجهتهم".[١]

وقد استند هؤلاء في ذلك، إلى إحالة المقنن في المادة ١٠٥٨[٢] إلى المادة ١٠٣٣ من القانون المدني، فيما يتعلق برهن الأموال المستقبلة.[٣] وذلك على أساس أن بطلان رهن الأموال المستقبلة مقرر تطبيقًا لقاعدة تخصيص الرهن، وكجزاء لعدم توافر هذا التخصيص في تلك الأموال. ويضيفون أنه مادام المقنن قد قرر بطلان رهن الأموال المستقبلة رهنًا حيازيًا، فإن ذلك يكون إقرارًا ضمنيًا لقاعدة التخصيص في الرهن الحيازي.[٤]

بينما ذهب جمهور الفقه [٥] إلى أن مبدأ تخصيص الرهن لا ينطبق على الرهن الحيازي، وإنما يكفي فيه تطبيق القواعد العامة، فلا يشترط تعيين المنقول المرهون تعيينًا دقيقًا كالرهن الرسمي، وإنما يكفي فقط تعيينه تعيينًا نافيًا للجهالة، بأن يكون معينًا بالذات أو معينًا بالنوع، مع ذكر مقداره، أو قابلاً للتعيين، تطبيقًا للمادة ١٣٣ مدني.

وذلك لأنه لم يرد في نصوص الرهن الحيازي، نص يوجب تعيين محله تعيينًا دقيقًا كنص المادة ١٠٣٥ مدني في الرهن الرسمي.[٦]

---

[١] د. محمود جمال الدين زكي – التأمينات الشخصية والعينية ص٣٩٣، ٣٩٤ ف٢٤٣. وانظر أيضًا : د. عبدالفتاح عبدالباقي – التأمينات الشخصية والعينية ص٥٦٧ ط ١٩٥٠ – القاهرة؛ د. محمد كامل مرسي – التأمينات الشخصية والعينية ف١٦٩ ط١٩٤١؛ د. شمس الدين الوكيل – نظرية التأمينات في القانون المدني ص٤٧١ ف١٨١ ط٢ ١٩٥٩ ، د: سليمان مرقس – التأمينات العينية في القانون المدني الجديد ص٣٦٣، ٣٦٤ ف٢٣٥، د. سمير تناغو – التأمينات الشخصية والعينية ص٣٦٥، ٣٦٦ ف١٣٤، د. جميل الشرقاوي – التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني اليمني ص١١٨ ف٤٦ ط دار النهضة العربية.

[٢] ونصها : "تسري على الرهن الحيازي أحكام المادة ١٠٣٣ وأحكام المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ المتعلقة بالرهن الرسمي".

[٣] حيث تنص المادة ٢/١٠٣٣ على بطلان رهن الأموال المستقبلة فتقول : "ويقع باطلاً رهن المال المستقبل".

[٤] د. شمس الدين الوكيل – نظرية التأمينات في القانون المدني ص٤٧١ ف١٧١، د. سليمان مرقس – التأمينات في القانون المدني الجديد ص٣٦٣، ٣٦٤ ف٢٣٥، د. سمير تناغو – التأمينات الشخصية والعينية ص٣٦٥، ٣٦٦ ف١٣٤

[٥] د. السنهوري – الوسيط ٨٨٧/١٠ ف٥١٧، د. عبدالمنعم البدراوي – التأمينات العينية ص٣٠٥، ٣٠٦ ف٢١٨، د. منصور مصطفى منصور – التأمينات العينية ص١٩٨، ١٩٩ ف١٠٢ ط١٩٦٣، د.نبيل إبراهيم سعد – التأمينات الشخصية والعينية ص١٨١، ١٨٢ ف١٤٢.

[٦] د. السنهوري – الوسيط ٨٨٨/١٠ ف٥١٧.

كما أنه لا علاقة لقاعدة التخصيص بحكم المادة ٢/١٠٣٣ مدني؛ لأن الإحالة على هذه المادة، لا تفيد أكثر من بطلان رهن المال المستقبل رهنًا حيازيًا، وبطلان رهن المال المستقبل حكم قائم بذاته، ولا يمكن رده في جميع الصور إلى قاعدة وجوب تخصيص الشيء المرهون في عقد الرهن. ويبقى شرط تعيين الشيء المرهون محكومًا بالقواعد العامة.

وأيضًا فإن التخصيص من شروط العقد الشكلية التي لا تلزم بالنسبة للرهن الحيازي.[1]

وأيًا ما كان الأمر ، فإن هذا الشرط يحول دون تصور قيام دعوى المجهول في مجال الرهن الحيازي أيضًا، فسواء قلنا بالرأى الأول؛ أى بانطباق مبدأ التخصيص على الرهن الحيازي، واشترطنا تعيين المرهون تعيينًا دقيقًا، أو قلنا بعدم انطباقه وانطباق القواعد العامة عليه، واشترطنا تعيينه تعيينًا نافيًا للجهالة، ففي كلا الحالتين لا نجد مجالاً لرفع مثل هذه الدعوى.

---

(١) د. منصور مصطفى منصور – التأمينات العينية ص١٩٨، ١٩٩ ف١٠٢، د. السنهوري – الوسيط ١٠/٨٨٨ ف ٥١٧، د. البدراوي – التأمينات العينية ص٣٠٤ ف٢١٦. د. نبيل إبراهيم سعد – التأمينات الشخصية والعينية ص ١٨٣ ف١٤٢.

المطلب الرابع

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في رهن المجهول والدعوى به

بالنظر فيما سبق من أحكام بشأن رهن المجهول والدعوى به في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني، نجد أن ما ذهب إليه القانون من القول بعدم جواز رهن المجهول، يتفق وما ذهب إليه أكثر علماء الفقه الإسلامي من القول باشتراط معلومية الشيء المرهون قدرًا وصفةً وجنسًا.

إلا أن الفقه الإسلامي يتفوق على القانون المدني : في أنه رغم ذلك، يعطي الحق للراهن في رفع دعوى، يطالب فيها باسترداد الرهن المجهول إذا جهل قدره أو جنسه أو صفته، وطلبه من المرتهن فجحده؛ إذ إنه بذلك يضع حلاً لاحتمال وارد، وهو نسيان الراهن لما رهنه، أو عدم علمه به، خاصة إذا طال عليه العهد ولم يكن ذلك قد سجل في عقد، أو كان قد سجل في عقد، وتلف أو ضاع، واستغل المرتهن ذلك وجحد الرهن، أو كان قد مات وجحده ورثته. فعملاً على وصول الراهن في هذه الحالة إلى حقه، وعدم تضييعه عليه، أجاز الفقه الإسلامي للراهن رفع الدعوى للمطالبة بالرهن، رغم جهله به. وهذه حسنة مفتقدة في القانون المدني ...

والله تعالى أعلم.

المبحث الثاني
أحكام دعوى الوديعة المجهولة
في الفقه الإسلامي والقــــانون المدني

تمهيد

الوديعة في اللغة : الشيء المودع عند غير صاحبه. وتجمع على "ودائع".[١]

وفي عرف الفقهاء : توكيل في حفظ مملوك أو محترم أو مختص، على وجه مخصوص.[٢]

وفي القانون المدني : عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئًا من آخر، على أن يتولى حفظ هذا الشيء، وعلى أن يرده عينًا.[٣]

ودعوى الوديعة المجهولة ، إما أن ترفع من المودع نفسه ، أو من ورثته، وسواء رفعت من المودِع أو من ورثته، فإن جهالتها إما أن تكون من حيث عدم تحديد المطلوب من القاضي الحكم به، من ردها بعينها أو رد قيمتها، إذا شك هو أو ورثته في بقائها بحالها لدى المودَع، بأن يقول : "لي عند فلان عين كذا" وفقط. وإما أن تكون من حيث عدم بيان ذاتها أو صفتها أو مقدارها، إذا كان قد نسيها لطول عهد أو غيره، أو لم يكن الوارث قد علم بها على وجه التحديد. بأن يقول : أدعي على فلان شيئًا كنت قد أودعته إياه. أو كان مورثي قد أودعه إياه.

وهي في كلا الحالتين مبنية على جحد الوديع أو إنكاره للوديعة عند طلبها.

ويلزمنا لكي نوضح أحكام هذه الدعوى، أن نبين **أولاً** : أثر جحود الوديعة في ضمانها في الفقه الإسلامي، **وثانيًا** : مشروعية دعوى الوديعة المجهولة والحكم فيها في الفقه الإسلامي. **وثالثًا** : موقف القانون المدني من أثر جحود الوديعة والدعوى بها مجهولة. ثم نتبع ذلك بعقد مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في أحكام دعوى الوديعة المجهولة، وسنوضح ذلك في أربعة مطالب على الوجه التالي :

---

[١] لسان العرب مادة "ودع" ٣٨٦/٨، المعجم الوجيز، ص٦٦٤، معجم المغني في الفقه الحنبلي ١٠١٦/٢ حرف الواو.

[٢] مغني المحتاج ١٠١/٣.

[٣] م ٧١٨ مدني.

المطلب الأول

أثر جحود الوديعة

في ضمانها في الفقه الإسلامي

من المعروف أن الوديعة أمانة، لا تضمن إلا بتفريط الوديع في حفظها، أو بتعديه عليها. فإن تلفت بسبب من هذين السببين، فلا خلاف بين الفقهاء في تضمين الوديع لها.[1]

وإنه لمن صور التعدي على الوديعة، جحودها، أي إنكارها بغير عذر عند طلبها[2]؛ ذلك أن الفقهاء قد اتفقوا على وجوب رد الوديعة إلى صاحبها إذا طلبها في وقت يمكن أداؤها فيه بغير ضرر[3]؛ لأنها أمانة، وقد قال الله تعالى : ﴿ **إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلي أهلها** ﴾ [4] وقال صلى الله عليه وسلم : "**أد الأمانة إلي من ائتمنك، ولا تخن من خانك**".[5]

---

(1) قال في المغني ٧/٢٨٠، ٢٨١ : "... فأما إن تعدى المستودع فيها أو فرّط في حفظها فتلفت، ضمن بغير خلاف نعلمه؛ لأنه متلف لمال غيره، فضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع" وانظر : الهداية ٣/١٢٤١، تبيين الحقائق ٥/٧٧، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٤١٩، بداية المجتهد ٢/٣٧٠، مغني المحتاج ٣/١٠٤، فتح الوهاب للأنصاري ٣/٣٣٨، جواهر العقود ١/٣٧٣، ٣٧٤، الكافي ٢/٣٧٤، كشاف القناع ٤/١٦٧، السيل الجرار ٣/٣٤٢، شرائع الإسلام ٢/ ١٦٥.

(2) الشرح الكبير مع المغني ٧/٣٠٥، السيل الجرار ٣/٣٤٤. وإنما قلنا : بغير عذر؛ لأنه لو جحدها بعذر؛ كأن طالب المالك بها ظالمٌ، فطلب المالكُ الوديعَ بها، فجحدها؛ دفعًا للظلم، أو جحدها بلا طلب من مالكها، وإن كان الجحد بحضرته، فإنه لا يضمن؛ لأن إخفاءها حينئذٍ أبلغ في حفظها. (مغني المحتاج ٣/١١٧، نهاية المحتاج ٦/١٣١، تحفة المحتاج ٧/١٢٦، الوسيط للغزالي ٤/٥١٢).

(3) قال في المغني ٧/٢٨٩ : ولا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالكها، إذا طلبها فأمكن أداؤها إليه بغير ضرر" وانظر : البدائع ٦/٣٢١، الهداية ٣/١٢٤٣، التاج والإكليل ٦/٢٨١، الشرح الصغير ٣/٥٦١، مغني المحتاج ٣/١١٤، الإقناع ٢/٣٨٣، السيل الجرار ٣/٣٤١، ٣٤٤، شرائع الإسلام ٢/١٦٤.

(4) سورة النساء من الآية (٥٨).

(5) رواه الأئمة : أحمد في مسنده ٣/٤١٤ وأبو داود في سننه كتاب البيوع باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده ٣/٢٩٠ (٣٥٣٤، ٣٥٣٥)، والبيهقي في سننه كتاب العتق باب أخذ الرجل حقه ممن يمنعه إياه ١٠/٢٧٠، ٢٧١، والدارقطني في سننه كتاب البيوع ٣/٣٥ (١٤١)، والبغوى في شرح السنة باب صاحب الحق إذا أخذ من مال الغريم حقه ٨/٢٠٦، والحاكم في المستدرك كتاب البيوع ٢/٤٦ وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي في التلخيص ٢/٤٦. والحديث من رواية أبي هريرة ، وأبيّ بن كعب، وأنس بن مالك رضي الله عنهم.

ولأنها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره، فيلزم أداؤها إليه، كالمغصوب والدين الحال.[١]

فإذا ما طلبها صاحبها، فجحدها الوديع بلا عذر قائلاً : "ما أودعتني شيئًا" أو "لا وديعة لك عندي" أو نحو ذلك، فإن للمودع أن يقيم البيّنة على أنه استودعه، فإذا أقامها، ثبتت الوديعة، وضمنها الوديع، حتى ولو رجع واعترف بها، وادعى هلاكها من حرزه، فإنه لا يقبل قوله، ويلزمه ضمانها. وذلك باتفاق الفقهاء.[٢]

وقد استدل الفقهاء على ذلك بالمعقول من عدة وجوه :

أحدها : أن العقد لما ظهر بالحجة، فقد ظهر ارتفاعه بالجحود أو عنده؛ لأن المالك لما طلب منه الوديعة، فقد عزله عن الحفظ، والمودع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك، فقد عزل نفسه عن الحفظ، فانفسخ العقد، فبقى مال الغير في يده بغير إذنه، فيكون مضمونًا عليه، فإذا هلك، تقرر الضمان.[٣]

والثاني : أنه بجحدها خرج عن الاستئمان عليها، فلم يزل عنه الضمان بالإقرار بها؛ لأن يده صارت يد عدوان.[٤]

والثالث : أنه مكذب لنفسه بجحودها، ومعترف على نفسه بالكذب المنافي للأمانة، فكان لابد من ضمانه.[٥]

****

---

(١) المغني ٢٨٩/٧.

(٢) قال في المغني ٢٩٠/٧ : "إذا ادعى على رجل وديعة، فقال : ما أودعتني، ثم ثبت أنه أودعه، فقال : أودعتني وهلكت من حرزي، لم يقبل قوله، ولزمه ضمانها. وبهذا قال مالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأى". وانظر : الهداية ١٢٤٣/٣، البدائع ٣٢٤/٦ الاختيار لتعليل المختار ٢٧/٣، تبين الحقائق ٧٩/٥، مختصر خليل والتاج والإكليل ٢٨١/٧، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٢٥/٣، شرح منح الجليل ٤٦٦/٣، شرح الزرقاني ١١٩/٤، الشرح الصغير ٥٦١/٣، الحاوي الكبير ١٢٥/٧، مغني المحتاج ١١٧/٣، تحفة المحتاج ١٢٦/٧، الإنصاف ٣١٤/٦، جواهر العقود ٣٧٥/١، الروض المربع ص٢٩١، الإقناع ٣٨٣/٢، حدائق الأزهار والسيل الجرار ٣٤١/٣، ٣٤٤، شرائع الإسلام ١٦٧/٢.

(٣) البدائع ٣٢٤/٦، تبين الحقائق ٧٩/٥، الهداية ١٢٤٣/٣ الاختيار لتعليل المختار ٢٧/٣، مجمع الأنهر ٣٤٠/٢.

(٤) الشرح الكبير مع المغني ٣٠٥/٧، السيل الجرار ٣٤٤/٣.

(٥) المغنى ٢٩٠/٧ ، الروض المربع ص ٢٩١ .

المطلب الثاني
مشروعية دعوى الوديعة المجهولة
والحكم فيها في الفقه الإسلامي

إذا عرفنا أن جحود الوديعة يترتب عليه ضمانها، فإن للمودع أو لوارثه أن يرفع دعوى على الوديع بتضمينه تلك الوديعة. والمدعى في هذه الدعوى إما أن يكون ذاكرًا أو عالمًا بكنه الوديعة وصفتها وقدرها، لكنه يشك في بقائها بعينها. وإما أن يكون ناسيًا أو جاهلاً بكنهها أو صفتها أو مقدارها.

فإذا كان ذاكرًا أو عالمًا بكنه الوديعة وصفتها وقدرها، لكنه يشك في بقائها، فإن له أن يرفع دعوى على الشك ويقول : "لي عنده عين كذا" دون أن يحدد ما يطلبه منه.

وعلى القاضي - إن اتضح له بعد التحقيق أن العين مازالت قائمة عند الوديع أن يحكم بردها على المودع، وإلا بأن اتضح أنها تلفت، فعليه أن يحكم بقيمتها إن كانت متقومة، أو مثلها إن كانت مثلية.[(١)]

وإن حكم بالقيمة ، فقيمتها تحسب يوم جحودها إن علم، وإلا، فيوم الإيداع.[(٢)]

وهذه الدعوى رغم خلوها من طلب المدعى على وجه التحديد، إلا أنها مقبولة، وفقًا للرأى الراجح في مشروعية الدعوى بالمجهول.

ولأن المودِع معذور في عدم تحديده لطلبه؛ حيث إن جحود الوديع للوديعة، قد سرَّب الشك إلى نفس المودِع في بقاء الوديعة على حالها، فهو يخشى إن ادعى بها أن تكون هالكة، وإن ادعى بقيمتها أو بمثلها أن تكون قائمة.

ولأن المدعى به منضبط في الشرع؛ لأن الحكم - كما عرفنا - سيكون بالعين، إن كانت قائمة، أو بالمثل إن كانت تالفة وهي مثلية، أو بالقيمة إن كانت تالفة وهي قيميه. وقد قال الإمام الهيتمي بجواز الدعوى بالمجهول إذا كان منضبطًا في الشرع.[(٣)]

وإن كان ناسيًا أو جاهلاً بكنه الوديعة أو صفتها أو مقدارها، فإن له أن يدعى بها مجهولة فيقول : "أدعي على فلان شيئًا كنت أو كان مورثي قد أودعه لديه".

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٠٢ وفيه : "من سلم عينًا إلى شخص فجحدها، وشك صاحبها في بقائها، فلا يدري أيطالب بالعين أو بالقيمة ؟ فالأصح أنَّ له أن يدعي على الشك ويقول : لي عنده كذا، فإن بقى فعليه رده، وإن تلف فقيمته إن كان متقومًا، أو مثله إن كان مثليًا".

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٤٠٤/٨.

(٣) تحفة المحتاج للهيتمي ٢٩٥/١٠.

وهذه الدعوى لابد وأن تكون مقبوله - رغم أن المدعىَ به فيها مجهول - حتى لا يضيع حقَ المودِع أو ورثته لأسباب لا يَدَ لهم فيها، وقد بينا قبل ذلك مدى ضرورة قبول مثل هذه الدعوى.[١]

فإذا ما رفعت، كان على القاضي أن يستدعي المدعى عليه - المودع لديه - ويطلب منه الجواب. فإن أنكر، حلفه القاضي على نفي دعوى صاحبه. وإن نكل عن اليمين أو أقر بالحق، أمره القاضي بتفسيره، حتى يحكم عليه به للمدعي. فإن امتنع عن تفسيره بعد إقراره به، أجبره القاضي على ذلك ولو بالسجن، وحكم عليه به.[٢]



---

[١] راجع صـ ١٣٣.

[٢] الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٤٠٥، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٧/٢٣٤، تهذيب الفروق ٤/١٥٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٠٠، الحاوي الكبير ٧/١١، مغني المحتاج ٢/٣٤٢.

المطلب الثالث

موقف القانون المدني من أثر جحود الوديعة والدعوى بها مجهولة

أوجب القانون المدني على المودع لديه، أن يرد الشيء المودع إلى المودع بمجرد طلبه منه، وخاصة إذا كانت الوديعة مطلقة، أى غير محددة بأجل معين، ما لم يوجد مانع من ردها وقت طلبها[١]، فنصت المادة ٧٢٢ من هذا القانون على أنه : "يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء المودع بمجرد طلبه، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عُين لمصلحة المودع عنده".

فإذا أخل المودع لديه بهذا الالتزام دون مبرر قانوني، أو أنكر الإيداع فإن للمودع بعد أن يقوم بإثبات الوديعة [٢] أن يرفع دعوى يطالب فيها باسترداد الشيء المودَع، كما أن له أن يرجع على المودَع عنده بالتعويض إن تعذر استرداد هذا الشيء بعينه.

ودعوى الاسترداد دعوى شخصية، تنشأ من العقد، ويطلب فيها المودع استرداد الشيء المودَع بعينه هو وملحقاته وثماره. وهي ترفع على المودع لديه وعلى ورثته، إن

---

(١) وهذا المانع قد يتمثل في حق المودع لديه في حبس الوديعة، فإن هذا الحق يثبت له إذا كان له في ذمة المودِع دين بموجب عقد الوديعة، كأن أنفق مصروفات على الشيء المودَع أو أصيب بضرر بسبب الوديعة، وأصبح له الحق في الرجوع على المودِع بالتعويض، أو كان له أجر في ذمة المودَع. وقد يتمثل هذا المانع أيضًا في الحجز التحفظي على الوديعة، فإذا حجز دائن المودع عليها حجزاً تحفظيًا وهي تحت يد المودع لديه، امتنع عليه أن يردها للمودِع. كذلك فإن هذا المانع قد يتمثل في دعوى الاستحقاق، فإذا رفع على المودع عنده أحد دعوى باستحقاقه للشيء المودع، أو أخطره شخص أنه المالك للوديعة وطلب إليه ألا يسلمها للمودع، امتنع عليه ألا يسلمها له. (د. السنهوري – الوسيط – ٩٤٨/٧ ف٣٦٧).

(٢) والوديعة في الأصل عقد مدني، يخضع في إثباته للقواعد العامة المقررة في الإثبات، فيجوز إثباته بجميع الطرق إذا لم تزد قيمة الوديعة على مائة جنيه، فإن زادت على هذه القيمة، لم يجز إثباتها إلا بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة معززًا بالبينة أو بالقرائن، أو بالإقرار، أو باليمين، كذلك يجوز إثباتها بالبينة أو بالقرائن إذا حال مانع مادي أو أدبي دون الحصول على دليل كتابي، أو إذا فقد السند الكتابي لسبب أجنبي. أما إذا كانت الوديعة تابعة لعمل من أعمال التجارة، فتعتبر عندئذ عقدًا تجاريًا، كما إذا أودع تاجر بضائعة في مخزن عام وكما إذا أودع شخص نقوده في مصرف. وفي هذه الحالة يجوز إثبات الوديعة بكافة طرق الإثبات، ومنها البينة والقرائن مهما بلغت قيمة الشيء المودع. (د. السنهوري – الوسيط ٧/ ٨٩٤ وما بعدها ف٣٤١، المواد ٦٠، ٦١، ٦٢، ٦٣ من قانون الإثبات، أستاذنا الدكتور رأفت حماد – شرح قانون الإثبات المصري ص٥٧ وما بعدها، د. سمير تناغو – النظرية العامة في الإثبات ص١١٢ وما بعدها). ويلاحظ أن هذه القواعد تطبق على غير الوديعة الاضطرارية – التي تجبر عليها حادثة، كحريق أو غرق أو حدث آخر غير متوقع أو ناتج عن قوة قاهرة – فهذه الوديعة يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، أيًا كانت قيمة الشيء المودع. (د. محيي الدين إسماعيل علم الدين – العقود المدنية الصغيرة ص١٤٠، د. السنهوري – الوسيط ٩٨٦/٧ ف٣٨٨).

كان قد توفي. إلا أنها إذا رفعت على ورثته، فإنهم لا يكونون متضامنين؛ إذ إن هذا الالتزام عقدي، ولا يوجد نص على التضامن.[١] وهذه الدعوى تكون حيث يكون الشيء المودع باقيًا، ويمكن استرداده بعينه.

أما دعوى التعويض، فإن المودِع يلجأ إليها عند تعذر استرداد الشيء المودع، كأن كان قد فقد أو استهلك. وهذه الدعوى تمكن المودِع من الحصول على قيمة الشيء المودع وقت وجوب رده، إلا إذا ازدادت قيمته قبل صدور الحكم في الدعوى، فإنه يحصل على قيمته بعد الزيادة، ما لم يقوّم الطرفان الشيء وقت الإيداع ويتفقا عليها، فإن حدث منهما ذلك، اعتبرت هذه القيمة، وحكم بها للمودع.

وللمودِع الحق في طلب مثل الشيء المودع على سبيل التعويض إذا كان من المثليات، وعلى القاضي أن يحكم به.[٢]

ومما يشمله التعويض أيضًا : جبر الأضرار التي أصابت المودع من جراء التأخير وحرمانه من الشيء المودع.[٣]

وقطعًا فإن المدعى به في دعوى استرداد الوديعة ودعوى التعويض عنها معلوم **وليس مجهولاً**. وهما يكونان حيث يكون المودع ذاكرًا لِكُنْهِ الوديعة وصفتها ومقدارها، وموقنًا بأنها باقية أو تالفة. ولكن هل له أو لوارثه، أن يدعي بها على الشك أو يدعي بها مجهولة، كما هو الشأن في الفقه الإسلامي، إذا كان ناسيًا لكنهها أو غير موقن بأنها باقية أو تالفة ؟

سبق أن ذكرنا أن معلومية المدعى به في القانون الوضعي، شرط إجرائي لقبول الدعوى، يترتب على تخلفه بطلان صحيفة الدعوى بطلانًا نسبيًا مقررًا لمصلحة المدعى عليه.[٤] وعليه فإن للمودع أن يدعي بالوديعة على الشك، وله أن يدعي بها مجهولة أيضًا. لكن هذه الدعوى تظل مهددة بالبطلان إلى أن يتكلم المدعى عليه في موضوع الدعوى أو في مسألة فرعية لها؛ لأن له أن يدفع ببطلان صحيفتها للتجهيل بالمدعى به، على أن يتم ذلك قبل التعرض لموضوع الدعوى. فإذا لم يتمسك بهذا البطلان أو تمسك به بعد فوات الأوان، صحت الدعوى وأصبحت صالحة للتحقيق والحكم فيها.

****

---

[١] د. السنهوري – الوسيط ٩٥١/٧، ٩٥٢ ف٣٦٩، د. محيي الدين إسماعيل علم الدين – العقود المدنية الصغيرة – ص ١٧٠.

[٢] د. السنهوري – الوسيط ٩٥٣/٧ ف ٣٧٠، د. محيي الدين إسماعيل – العقود المدنية الصغيرة ص١٧١.

[٣] المرجع السابق المرجعان والموضعان السابقان .

[٤] راجع ص ١٤٩ .

المطلب الرابع
مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني
في أحكام دعوى الوديعة المجهولة

بالنظر في هذه الأحكام في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني، نجد أن غايتها في كل منهما واحدة، وهي المحافظة للمودع على حقه، وتوصيله إليه كاملاً غير منقوص.

إلا أن وسائل الفقه الإسلامي لبلوغ هذه الغاية، جاءت أدق وأوفى من وسائل القانون المدني ؛ وذلك لما يلي :

أولاً : لأن الفقه الإسلامي لم يحبذ إثبات الوديعة عند إنكارها بالكتابة، وإنما أجاز للمودع أن يثبتها بكافة طرق الإثبات [١] - كما هو الشأن بالنسبة لغيرها من العقود

---

[١] نشير في هذا الصدد إلى المقصود بالبينة في الفقه الإسلامي، فلقد اختلف الفقهاء في معناها : فذهب أكثرهم إلى أنها مرادفة للشهادة. واحتجوا لذلك بأنها قد وردت في لسان الشرع مرادًا بها الشهود في أكثر من موضع، ومن ذلك قوله تعالى : {**والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون**} (سورة النور، الآية ٤)، وقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية حينما قذف امرأته بشريك بن سحماء قبل أن يشرع اللعان : "**البينة أو حد في ظهرك**" (جزء من حديث رواه البخاري في صحيحه بسنده إلى ابن عباس رضي الله عنهما، كتاب الشهادات ٣٣٥/٥ (٢٦٧١)، كتاب التفسير ٣٠٣/٨ (٤٧٤٧).

فالمقصود بالبينة في الحديث الشريف الشهود الأربعة المنصوص عليهم في الآية الكريمة، كما احتجوا بالمعنى اللغوي للبينة؛ حيث إنها تعني في اللغة : ما بُين به الشيء من الدلالة وغيرها. فالشاهد بينة؛ لأنه يبين عند الحاكم الحق من البـــــــاطل.

بينما يرى بعض الفقهاء أن البينة أعم من الشهادة، فالبينة عندهم : اسم لكل ما يبين الحق ويظهره. فمن قصرها على الشهادة، لم يوف مسماها حقه، فلم تأت البينة في القرآن مرادًا بها الشاهدان، وإنما أتت مرادًا بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم : "**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**" (سبق تخريجه في ص١١)، المراد أن عليه ما يصحح دعواه ليحكم له، والشاهدان من البينة، ولا ريب أن غيرهما من البينة قد يكون أقوى.

وبناء عليه فقد عرفها بعض الباحثين المعاصرين بأنها : "كل ما يوضح الحق للقاضي، سواء قدمه المدعي أو المدعى عليه، أو أدركه القاضي بنفسه، بأى وسيلة أخرى، بحيث يطمئن القاضي على حكمه من حيث موافقته للشرع".

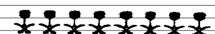
وهذا ما أراني أميل إليه؛ لقوة حجته، وحتى تتسع دائرة وسائل إثبات الحقوق واستردادها من أيدي الغاصبين والناهبين؛ لتشمل الشهادة، واليمين، والإقرار، وعلم القاضي، وبصمة الأصبع، وغير ذلك من الوسائل التي تستحدث وتثبت فاعليتها ... والله أعلم. (الطرق الحكمية لابن القيم ص١٢، تبصرة الحكام لابن فرحون ١٦١/١ ط دار الكتب العلمية - بيروت -، القضاء في الإسلام د. عطية مشرفة ص٨١ شركة الشرق الأوسط ط٢ سنة ١٩٦٦م، القاضي والبينة، رسالة أ. د. عبدالحسيب عبدالسلام يوسف لنيل درجة التخصص "الماجستير" في الفقه، إشراف أ.د محمد أنيس عبادة سنة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م ص١٨٦، علم القضاء - أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي للشيخ أحمد الحصري ص١٧٧ ط سنة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م - نشر مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة -).

ولا شك أن للتوسع في طرق إثبات الوديعة عند إنكارها، أثره الإيجابي على إمكان حصول صاحبها عليها، أو على تعويض عنها. وهذا ما لم يفعله القانون الوضعي، فهو لم يسمح بإثبات الوديعة بغير الكتابة، **إلا في** حدود ضيقة. **فهو** إذن يعطى للورقة المكتوبة مصداقية تفوق مصداقية الشهود العدول، بل تفوق مصداقية اليمين. في حين أن هذه الورقة يمكن تزويرها، وخاصة في هذه الأيام، التي كثرت فيها وسائل التزوير، وامتدت وتشعبت أساليبه. ولا شك أن قصر الإثبات على الكتابة إلا في هذه الحدود الضيقة، قد يترتب عليه ضياع حقوق كثيرة – ومنها الشيء المودع – وعدم حصول صاحبها عليها.

ثانيًا : لأن الفقه الإسلامي – وفقًا للرأى الراجح فيه – قد أباح دعوى الوديعة المجهولة، دون أن يتهددها البطلان، وهذا ما لم يفعله القانون الوضعي، فهو وإن كان قد فتح الباب لإمكانية الدعوى بها مجهولة، **إلا** أنها في ظله مهددة بالبطلان، إذا تمسك المدعى عليه به قبل التكلم في موضوع الدعوى.

والمعروف أن المدعى عليه – في الغالب الأعم – يدفع بهذا البطلان في موعده؛ حتى يُسقط الدعوى، ويتفلت من التزامه بإعادة الحق إلى أهله أو تعويضهم عنه، وهذا ليس من العدالة في شيء. وقد رأينا في الجانب الشرعي ما يبرر قبول مثل هذه الدعوى والتحقيق فيها دون أن يتهددها هذا البطلان.

والله تعالى أعلم



المبحث الثالث

دعوى أرش العيب في المبيع المعيب والحكم فيها في الفقه الإسلامي والقانون المدني

يطلق الأرش في اللغة على معان مختلفة منها :

١- الشجة ونحوها.

٢- ما يجب من مال في الجناية على ما دون النفس.

٣- ما يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيب. [١]

قال الإمام البجيرمي [٢] : "لعل إطلاقه على الخصومة هو الأصل، ثم نُقل منه إلى دية الجراحات، ثم توسع فيه فاستعمل في التفاوت بين قيم الأشياء" [٣].أهـ.

والمعنى الثالث : هو المراد هنا. وسمى أرشًا لتعلقه بالأرش وهو الخصومة. [٤]

ويطلق اصطلاحًا على : جزء من ثمن المبيع، نسبته إليه نسبة ما نقص العيب من القيمة لو كان سليمًا[٥] . وهذا الأرش مجهول بالنسبة لمستحقه، ومع ذلك يجوز له أن يدعي به مجهولاً دون أن يحدد مقداره في دعواه.

وفيما يلي أبين الدعوى بهذا الأرش والحكم فيها في الفقه الإسلامي، وموقف القانون المدني منها، وذلك في مطلبين، أتبُعهما بمطلب ثالث للمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في هذه الدعوى والحكم فيها، على النحو التالي :

---

(١) الصحاح للجوهري، مادة "أرش" ٣/٩٩٥، مغني المحتاج ٢/٧٥، ٤/٣١.

(٢) هو سليمان بن محمد بن عمر الشافعي المعروف بالبجيرمي ، أحد فقهاء الشافعية ، ولد ببجيرم من قرى الغربية بمصر سنة ١١٣١ هـ ، وتوفي بمصطلية بالقرب من بجيرم في ١٦ رمضان سنة ١٢٢١ هـ وكان قد قدم القاهرة صغيراً ، فتعلم بالأزهر ، ودرّس ، وكف بصره ، له تآليف منها " التجريد " وهو حاشية على شرح المنهاج في فقه الشافعية ، و " تحفة الحبيب " حاشية على شرح الخطيب المسمى بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع . (الأعلام ٣/١٣٣ ، معجم المؤلفين ٤/٢٧٥) .

(٣) حاشية البجيرمي على شرح الأنصاري ٢/٣٣٢.

(٤) فتح الوهاب للأنصاري ٢/٣٣٢.

(٥) المنهاج مع مغني المحتاج ٢/٧٥. وسيأتي مزيد بيان عنه في كيفية تقديره إن شاء الله تعالى في صـ

المطلب الأول

دعوى أرش العيب في المبيع المعيب والحكم فيها في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أن المشتري إن اطلع على عيب مما يعده أهل الخبرة عيبًا في المبيع، وكان هذا العيب قديمًا - أي موجودًا في المبيع قبل أن يدخل في ضمان المشتري[١] -، ولم يكن المشتري على علم به قبل العقد، ثبت له الخيار بين إمساك المبيع ورده إلى البائع واسترداد ثمنه منه، سواء كان للبائع على علم بهذا العيب وكتمه عن المشتري، أو لم يكن على علم به، ما لم يوجد مانع من موانع الرد بالعيب[٢]. وهذا ما يعرف عند الفقهاء بخيار العيب.[٣]

---

[١] وقد اختلف الفقهاء في وقت دخول المبيع في ضمان المشتري إذا لم يتعلق به حق توفية : فذهب الحنابلة في المعتمد والإمامية إلى أن المبيع يدخل في ضمان المشتري بالعقد الصحيح، ولو لم يقبض.
وذهب المالكية في الراجح إلى أنه يدخل في ضمان المشتري بالعقد الصحيح اللازم إذا كان باتًا، أما إن كان على الخيار فلا يدخل في ضمان المشتري إلا بإمضائه ممن له الخيار من العاقدين، باستثناء بعض مسائل قالوا فيها بعدم دخول المبيع في ضمان المشتري إلا بالقبض.
وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في رواية ضعيفة والمالكية في قول مرجوح، إلى أن المبيع لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض على جهة البيع، سواء كان العقد باتًا أو على الخيار، واستثنى الشيخان من الحنفية ما لا ينقل ولا يُحوّل كالعقار، وقالا بدخوله في ضمان المشتري بالعقد الصحيح، كما استثنى الشافعية حالة ما إذا كان الخيار للبائع، فإن الضمان يكون منه قبل القبض وبعده. هذا إذا لم يتعلق بالمبيع حق توفية. أما إذا كان كذلك، فقد ذهب عامة الفقهاء إلى أنه لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض. (شرح فتح القدير ٢٦٤/٥، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٤/٣ وما بعدها، شرح المحلي على المنهاج ٢١٠/٢، مغني المحتاج ٨٩/٢، المغني ٢٣٥/٤، ٢٣٧، ٢٣٨).

[٢] وموانع الرد بالعيب يمكن إجمالها فيما يلي : (أ) رضاء المشتري بالعيب بعد علمه به. (ب) هلاك المبيع قبل علم المشتري بالعيب . (جـ) خروج المبيع عن ملك المشتري. (د) تغير المبيع بعد دخوله في ضمان المشتري. (هـ) اشتراط البائع براءته من العيوب (راجع تفصيل هذه الموانع وآثارها في؛الدر المختار ورد المحتار ١٢٢/٧ وما بعدها، الهداية ٩٦٢/٣ وما بعدها، بداية المجتهد ٢٠٩/٢ وما بعدها، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٠٨/٣ وما بعدها، مغني المحتاج ٦٨/٢ وما بعدها، منهج الطلاب وحاشية البجيرمي ٣٢٤/٢، ٣٢٥، المغني ٢٥٨/٤، الإنصاف ٣٩٩/٤ وما بعدها، المحلي لابن حزم ٦٥/٩ وما بعدها، شرائع الإسلام ٣٥/٢ وما بعدها، المختصر النافع ص١٤٩ ط دار الأضواء - بيروت -، السيل الجرار ١٠٥/٣ وما بعدها، البحر الزخار ٣٥٥/٤ وما بعدها).

[٣] البدائع ٤٠٦/٧، الهداية ٩٦٢/٣، مواهب الجليل ٣٣٤/٦، بداية المجتهد ٢٠٩/٢، مغني المحتاج ٦٨/٢، فتح الوهاب وحاشية البجيرمي ٣٢٤/٢، ٣٢٥، المغني ٢٥٨/٤ وفيه : "لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافًا"، الإنصاف ٣٩٩/٤، المحلي ٦٥/٩، شرائع الإسلام ٣٥/٢، المختصر النافع ص١٤٩، السيل الجرار ١٠٥/٣، البحر الزخار ٣٥٥/٤.
وقد اختلف الفقهاء في معنى العيب الذي يثبت به الخيار للمشتري :=

فإذا وجد مانع من موانع الرد بالعيب، فليس أمام المشتري إلا إمساك المبيع المعيب، والمطالبة بأرش عيبه. وهذا الأرش مجهول بالنسبة له، خاصة إذا لم يكن من أهل الخبرة في المبيع، وبالتالي فإنه حين يطالب به عن طريق القضاء، لا يلزمه تحديد مبلغ معين كأرش لهذا العيب أو كتعويض عنه. وقد جاء في أشباه السيوطي ضمن المسائل التي تصح فيها الدعوى بالمجهول : "الدعوى بالأرش عند امتناع الرد بالعيب القديم".[١]

فإذا ما رفعت هذه الدعوى فكيف يحكم فيها ؟

الحكم في هذه الدعوى يتوقف على معرفة الكيفية التي يتقدر الأرش بها. وقد عرفنا أن الأرش عبارة عن جزء من ثمن المبيع نسبته إليه نسبة ما نقص العيب من القيمة لو كان سليمًا.[٢] وهو ما يستفاد منه أن تقدير الأرش يكون بأن تُقوَّم السلعة وليس بها ذلك العيب، وتُقوم وبها ذلك العيب، وينظر إلى نقصان ما بين القيمتين، وهو ما يستحقه المدعى، فيحكم له به، سواء كانت قيمة المبيع مثل ثمنه الذي دفعه المشتري فيه، أو مختلفة عنه، فإن كان النقصان قدر عشر القيمة مثلاً، استحق المشتري عشر الثمن، وإن كان قدر خمس القيمة، استحق خمس الثمن.

مثال ذلك : إذا اشترى ثوبًا قيمته مائة جنيه بمائة جنيه، فاطلع على عيب ينقصه عشر قيمته، وهو عشرة جنيهات، استحقها، وحكم على البائع بعشر الثمن وهو عشرة جنيهات.

= فذهب الحنفية والشافعية وبعض الزيدية إلى أنه : كل عيب ينقص عين المعقود عليه أو قيمته نقصًا يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه، سواء كان المبيع عقارًا أم منقولاً. وقالوا بأن المرجع في كونه عيبًا أم لا لأهل الخبرة بذلك، وهم التجار أو أرباب الصنائع، إن كان المبيع من المصنوعات.

وذهب الحنابلة والظاهرية وبعض الزيدية إلى أنه : كل ما تنقص به مالية الشيء المبيع في عادات التجار، سواء كان المبيع عقارًا أم منقولاً أيضًا.

وذهب المالكية إلى التفريق بين العقار وغيره، فإن كان الثاني، ثبت الخيار للمشتري بكل عيب ينقص العين أو التصرف أو القيمة، أو خيفت عاقبته، سواء كان العيب قليلاً أو كثيرًا، وإن جرت العادة بالسلامة منه، وذلك كعور أو قطع ولو أنملة، وغير ذلك. أما لو كان عقارًا، فلا يثبت الخيار إلا بالعيب الكثير، كصدع جدار خيف على الدار منه السقوط. (راجع : البحر الرائق ٤٢/٦، البدائع ٤٠٦/٥، المنهاج مع مغني المحتاج ٧٠/٢، المحلي لابن حزم ٧١/٩، السيل الجرار وحدائق الأزهار ١٠٥/٣، ١٠٦، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٠٨/٣، ١١٤)

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٠٠، ٥٠١.

(٢) المنهاج مع مغني المحتاج ٧٥/٢.

ولو اشترى ثوبًا قيمته مائة جنيه بخمسين جنيهًا، فاطلع على عيب ينقصه عشر قيمته، وهو عشرة جنيهات، فإنه يستحق من البائع عشر الثمن الذي اشتراه به، وهو خمسة جنيهات.

ولو كانت قيمته مائة فاشتراه بمائتين، والعيب ينقصه عشر القيمة وهو عشرة، فإنه يستحق من البائع عشر الثمن الذي دفعه وهو عشرون، وهكذا. [١]

وذلك لأن المبيع مضمون على المشتري بثمنه، ففوات جزء منه يسقط عنه ضمان ما قابله من الثمن أيضًا. [٢]

ولأننا لو ضمناه نقص القيمة؛ لأفضى إلى اجتماع الثمن والمثمن للمشتري، فيما إذا اشترى شيئًا بنصف قيمته، فوجد به عيبًا ينقصه نصف قيمته، كما لو اشترى بعشرة وقيمته عشرون فوجد به عيبًا ينقصه عشرة فأخذها، حصل له المبيع ورجع بثمنه [٣] وهذا ليس من العدالة في شيء.

إذا عرفنا ذلك، فما هو وقت اعتبار هذا التقدير ؟ أهو وقت العقد ؟ أم وقت دخول المبيع في ضمان المشتري ؟ أم وقت حدوث العيب ؟ أم وقت الحكم ؟

ذهب المالكية إلى أن وقت اعتبار تقويم الأرش هو وقت دخول المبيع في ضمان المشتري، لا يوم العقد، ولا يوم حدوث العيب القديم[٤]؛ لأن المبيع قد يحتاج فيه إلى مواضعة، فإذا قيل : يُقَوَّم يوم العقد، لم يشمل هذه الصورة وما يشبهها. [٥]

وللشافعية في ذلك ثلاثة أوجه :

أولها : وهو الأصح - : أنه يعتبر أقل قيمة المبيع من وقت العقد إلى وقت القبض؛ لأن القيمة إن كانت وقت البيع أقل، فالزيادة حدثت في ملك المشتري، فلا تدخل في التقويم، وإن كانت وقت القبض أو بين الوقتين أقل، فما نقص كان من ضمان البائع، والزيادة في الثانية حدثت في ملك المشتري، فلا تدخل في التقويم.

---

(١) البدائع ٤٣٢/٥، تبيين الحقائق ٣٢/٤، العناية وفتح القدير ٣٦٥/٦، ٣٦٦، المنتقى للباجي ١٩٦/٤، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٢٤/٣، الحاوي الكبير ٢٤٧/٦، تكملة المجموع ٣٠٣/١٣ وما بعدها، نهاية المحتاج ٤٢/٤، المغني ٢٦٠/٤، الكافي ٨٤/٣، المحلي ٧٠/٩، البحر الزخار ١٥٩/٥، شرائع الإسلام ٣٨/٢.

(٢) الحاوي ٢٤٨/٦، مغني المحتاج ٧٥/٢، فتح الوهاب ٣٣٣/٢، المغني ٢٦٠/٤.

(٣) الحاوي ٢٤٨/٦، المغني والشرح الكبير ٩٧/٤، ٢٦٠.

(٤) الشرح الكبير للدردير ١٢٧/٣، جواهر الإكليل ٤٥/٢.

(٥) مواهب الجليل للحطاب ٣٦٤/٦.

والوجه الثاني : اعتبار قيمته وقت البيع؛ لأنه وقت مقابلة الثمن بالمبيع.

والوجه الثالث : اعتبار قيمته وقت القبض؛ لأنه وقت دخول المبيع في ضمان المشتري. [١]

وغني عن البيان أن المرجع في تقويم المبيع يكون لأهل الخبرة في صنفه؛ لأنهم أهل الذكر في ذلك، وقد قال الله تعالى :**﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾** [٢]. كما قال تعالى : **﴿ ولاينبئك مثل خبير﴾** [٣]

فإن اختلف أهل الخبرة في التقويم أخذ برأى الأوسط. [٤]

٭٭٭٭٭٭٭٭

---

[١] الحاوي الكبير ٢٤٧/٣، ٢٤٨، نهاية المحتاج ٤٢/٤، ٤٣، مغني المحتاج ٧٥/٢، فتح الوهاب وحاشية البجيرمي عليه ٣٣٣/٢، شرح المحلى وحاشيتا قليوبي وعميرة ٢٠١/٢.

[٢] من الآية ٤٣ من سورة النحل.

[٣] من الآية ١٤ من سورة فاطر.

[٤] شرائع الإسلام ٣٨/٢.

المطلب الثاني
موقف القانون المدني
من دعوى أرش العيب والحكم فيها

أعطى القانون المدني لمن يجد في المبيع عيبًا، الحق في أن يرجع على البائع بدعوى تسمى دعوى ضمان العيوب الخفية، وهي تشبه إلى حد بعيد دعوى الأرش في الفقه الإسلامي. وقد نصت على هذه الدعوى المادة ٤٥٠ من القانون المدني؛ حيث قالت: "إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤".[١]

وعلى ذلك فحتى يتسنى للمشتري أن يرفع هذه الدعوى، لابد وأن يبادر فور اطلاعه على العيب، بإخطار البائع به، ويجب أن يكون هذا الإخطار في مدة معقولة يحددها المألوف في التعامل بحسب الأحوال، وذلك من وقت تسلم المبيع تسلمًا فعليًا لا حكميًا. ولا يشترط شكل خاص في هذا الإخطار، فيصح أن يكون بإنذار على يد محضر، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، بل يصح أن يكون شفويًا. ولكن على

---

(١) تجدر الإشارة إلى أنه ليس كل عيب يبيح للمشتري أن يرفع هذه الدعوى قانوناً ، وإنما لابد من أن تتوافر في هذا العيب الشروط الآتية : (أ) أن يكون قديمًا، أي موجودًا وقت البيع إذا كان المبيع عينًا معينة، أو وقت التسليم إذا لم يكن عينًا معينة. (ب) أن يكون العيب مؤثرًا، بحيث يؤدي إلى نقص في المبيع أو في نفعه. (جـ) أن يكون خفيًا، أى لا يستطيع المشتري أن يتبينه لو أنه فحص المبيع بعناية الشخص العادي. (د) أن يكون غير معلوم للمشتري. ويقع على المشتري عبء إثبات شروط العيب عدا علمه به، إذ يفترض جهل المشتري بالعيب. ويقع على البائع عبء إثبات علم المشتري بالعيب. (هـ) أن لا يكون البيع من البيوع التي لا ينشأ عنها التزام بضمان العيب – البيوع القضائية، والبيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد – (د. سليمان مرقس –شرح القانون المدني – العقود المسماة ٤٠٠/١ وما بعدها ط٤ عالم الكتب – القاهرة ١٩٨٠م ، د. خميس خضر-العقود المدنية الكبيرة ص٢٦٩ وما بعدها ط١ دار النهضة العربية ١٩٧٩م ، د. أسعد دياب –ضمان العيوب الخفية – دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة العربية والأوروبية ص٥٣ وما بعدها – دار إقرأ – بيروت ط٣ سنة ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م ، د. عبدالناصر توفيق العطار –البداية في شرح أحكام البيع – ص٢٤٦ وما بعدها ١٤٠٥هـ – ١٩٨٤م ، د. محمد المنجي – عقد البيع الابتدائي– ص٢١٥ وما بعدها ط١ سنة ١٩٨٣م – منشأة المعارف – الاسكندرية) كما أنه يشترط أن ترفع هذه الدعوى في خلال سنة من تاريخ تسليم المبيع تسليمًا فعليًا إلى المشتري ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول أو يتعمد إخفاء العيب غشًا منه. وفي هذه الحالة الأخيرة تمتد مدة نفاذ هذه الدعوى إلى خمس عشرة سنة من وقت البيع لا من وقت التسليم. (م ٤٥٢ مدني، د. السنهوري – الوسيط ٧٥٢/٤، ٧٥٣، د. محمد المنجي – عقد البيع الابتدائي ص٢٣٨).

المشتري عبء إثبات حصول هذا الإخطار، ويستطيع أن يثبته بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن؛ لأنه واقعة مادية.[١]

فإذا ما وقع الإخطار في المدة المألوفة في التعامل، كان للمشتري أن يرفع هذه الدعوى على النحو المبين في المادة ٤٤٤ مدني.

وقد نصت هذه المادة على أنه :

١-إذا استحق بعض المبيع أو وجد مثقلاً بتكليف، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرًا لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه.

٢-فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق".

ومن هذا النص يتضح وجوب التفريق بين فرضين في العيب الذي يجده المشتري في المبيع :

الفرض الأول : أن يكون العيب جسيمًا، بمعنى أن تكون خسارة المشتري قد بلغت قدرًا لو علمه لما أتم العقد.

والفرض الثاني : أن يكون العيب غير جسيم، أي لا تصل خسارة المشتري إلى الحد السابق، بل تصل إلى حد لو علمه المشتري لأقدم على الشراء ولكن بثمن أقل.

فللمشتري في الفرض الأول الخيار بين رد المبيع المعيب وما أفاده منه إلى البائع، والمطالبة بالمبالغ التي كان يطالب بها في حالة الاستحقاق الكلي[٢]، وبين استبقاء المبيع مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب .

---

[١] د . السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ٧٣٦/٤، ٧٣٧ ط دار النشر للجامعات المصرية ١٩٦٠، د. سليمان مرقس – العقود المسماة – ٤١٧/١ ف٢٢٩، د. محمد المنجي – عقدالبيع الابتدائي – ص٢٣٧، د. أسعد دياب – ضمان عيوب المبيع الخفية ص١١٤ وما بعدها ، د. علي حسين نجيب – ضمان عيوب المبيع في عقد البيع في القانونين المصري والمغربي ص٥٣ وما بعدها ط دار الفكر العربي – القاهرة –.

[٢] والاستحقاق الكلي معناه : أن المبيع كان مملوكًا لغير البائع، فانتزعه المالك الحقيقي من يد المشتري.
د. السنهوري – الوسيط ٦٧٤/٤، ٦٧٥).

أما في الفرض الثاني، فليس له إلا الحق في المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب.[١]

فالمشتري إذن عند رجوعه على البائع بضمان العيب، له أن يرد المبيع ويطالب بمبالغ معادلة للمبالغ التي يرجع بها في حالة الاستحقاق الكلي[٢]. إذا كان العيب جسيمًا ولم يختر استبقاء المبيع. أما إذا كان العيب غير جسيم أو كان جسيمًا واختار استبقاء المبيع، فإنه يرجع على البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب.[٣]

وما يعنينا هو الخيار الثاني. فدعوى التعويض هذه تشبه إلى حد بعيد دعوى أرش العيب في الفقه الإسلامي؛ وذلك لأن المستقر عليه فقهًا وقضاءً، أن تقدير التعويض من المسائل الواقعية، التي يستقل بها قاضي الموضوع، متى قامت أسبابه، ولم يكن في القانون أو في العقد نص يلزمه باتباع معايير معينة في خصوصه، واعتمد في تقديره على أساس معقول.[٤]

---

[١] د. السنهوري -الوسيط ٤/٧٤٠، ٧٤١، د. مصطفى محمد الجمال - عقد البيع ص٢٦٤، ٢٦٥ ط الفتح - الاسكندرية - ١٩٩٨م ، د. عبدالناصر العطار - البداية في شرح أحكام البيع ص٢٥٥، ٢٥٦.

[٢] وهذه المبالغ نصت عليها المادة ٤٤٣ مدني، وهي : (١) قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت. (٢) قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع. (٣) المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية. (٤) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها، ولو أخطر البائع بالدعوى طبقًا للمادة ٤٤٠. (٥) وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع". (راجع في شرح هذه المستحقات : د. علي حسين نجيب - ضمان عيوب المبيع في عقد البيع ص٧٦ وما بعدها، د. أسعد دياب - ضمان عيوب المبيع الخفية ص١٩٣ وما بعدها).

[٣] د. السنهوري - الوسيط ٤/٧٤١، د. على حسين نجيب - ضمان عيوب المبيع في عقد البيع ص٨٦، ٨٧.

[٤] راجع : الأحكام الواردة في موسوعة دائرة المعارف القانونية للأستاذ ياسر محمود نصار - الكتاب الرابع ص٦٥١ وما بعدها - إصدار المجموعة الدولية للمحاماة - الاسكندرية ١٩٩٨ ومنها : الطعن رقم ٤٧ لسنة ٥١ بتاريخ ١٢/١٥/ ١٩٤٩، الطعن رقم ١٧٠ لسنة ١٨ بتاريخ ١٩٥١/٤/١٩، الطعن رقم ١٥٢ لسنة ١٩ بتاريخ ١٩٥١/٤/١٩، الطعن رقم ٢١٥ لسنة ٢٤ بتاريخ ١٩٥٨/١١/٦، الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ٢٤ بتاريخ ١٩٥٨/١١/١٣، الطعن رقم ٦٢ لسنة ٢٥ بتاريخ ١٩٥٩/٦/٢٥؛ الطعن رقم ١٢٣ لسنة ٢٨ بتاريخ ١٩٦٣/٥/٩، الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٢٨ بتاريخ ١٩٦٣/٤/٢٤. وغيرها.

وكذلك الأحكام الواردة في مجموعة المبادئ القانونية التي قررها محكمة النقض في خمس سنوات ص٤٤٣ وما بعدها. ومنها: الطعن رقم ٦٠١، ٦١٣، ٦١٤ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٢، الطعن رقم ٤٧٥، ٤٨٧ لسنة ٤٠ ق جلسة ٢٧/ ١٩٧٦/١١.

فحتى لو طالب المشتري بمبلغ أو مقدار محدد في دعواه، فإن للقاضي أن يعدل عن هذا المقدار إلى ما يراه مناسبًا لجبر الضرر الواقع عليه، وتعويضه عما فاته من كسب.

والقاضي في هذه الدعوى يحكم على البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليمًا وقيمته معيبًا، وبمصروفات دعوى الضمان، وبوجه عام عليه أن يضع في حسبانه عند التقدير مدى ما لحق المشتري من خسارة فعلية، تمثل انتقاصاً من ذمته المالية وما فاته من كسب بسبب العيب. [1]

ويلاحظ أن البائع إذا كان سيء النية، بأن كان يعلم بوجود العيب، فإنه يكون مسئولاً حتى عن الضرر غير المتوقع. [2]

ويجوز أن يكون التعويض في إلزام البائع بإصلاح العيب إذا كان قابلاً للإصلاح، أو في قيام المشتري بإصلاحه على نفقة البائع.

وفي هذه الحالة الأخيرة، إن قام نزاع حول القيمة التي استوجبها تصليح المبيع، فتتم الاستعانة بأهل الخبرة؛ لتقدير قيمة الإصلاحات المجراة [3] .

⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘

---

[1] د. السنهوري – الوسيط ٧٤٢/٤، ٧٤٣، د . حمدى عبد الرحمن – الوسيط في النظرية العامة للالتزامات الكتاب الاول ص ٥٢١ ، ٥٢٢ الطعن رقم ٣٥٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٣/١٢ – مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات صـ٤٤٥.

[2] م ٢٣١ مدني، د. السنهوري – الوسيط ٧٤٢/٤، ٧٤٣، د. خميس خضر – العقود المدنية الكبيرة ص٢٧٨، ٢٧٩ ، د. سليمان مرقس – عقد البيع ص٤١٢، د. علي حسين نجيب – ضمان عيوب المبيع في عقد البيع ص٨٨.

[3] د. السنهوري – الوسيط ٧٤٢/٤، ٧٤٣، د. أسعد دياب – ضمان عيوب المبيع الخفية ص٢١٠.

المطلب الثالث
مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في دعوى أرش العيب أو التعويض عنه والحكـــــم فيها

بالنظر فيما جاء من أحكام بشأن دعوى الأرش أو التعويض في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني، نجد أن هناك اتفاقاً بينهما في تقرير وجوب تعويض المشتري عما وجده من عيب في المبيع، إذا لم يكن يعلم به قبل العقد.

إلا أن هناك خلافاً بينهما في النقاط التالية:

١-التفرقة التي جرى عليها القانون المدني بين العيب الجسيم والعيب غير الجسيم، وتقرير أحكام في الحالة الأولى تختلف عنها في الحالة الثانية، تفرقة تختلف مع ما حدد به فقهاء الشريعة العيب المثبت للخيار، فإنهم وإن كانوا قد اختلفوا في هذا التحديد، إلا أن خلافهم لا يخرج عن كون هذا العيب : كل ما ينقص عين المبيع أو قيمته بشهادة أهل الخبرة في المبيع أو العرف الجاري.[1]

فمثل هذا العيب إن وجد، استحق المشتري الخيار بين إمساك المبيع والمطالبة بأرش عيبه، وبين رده للبائع واسترداد ما دفعه من الثمن.

٢-تقرير القانون الوضعي لحق المشتري في الفوائد القانونية لقيمة المبيع زائدة عليها من وقت اكتشافه للعيب، يختلف تماماً مع ما قرره الفقه الإسلامي من عدم استحقاق المشتري إلا لما دفعه للبائع من الثمن، بل إنه ليتناقض مع ما انتهجته الشريعة الإسلامية من تحريم الربا واعتباره من الكبائر بنصوص صريحة في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، ومن تلك النصوص، قوله تعالى : **﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾**[2] وقوله تعالى : **﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين. فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾**[3] وقوله صلى الله عليه وسلم : **"اجتنبوا السبع الموبقات"** قالوا : يا رســول الله

---

(١) راجع ص٢٠٣ هامش(٣)

(٢) سورة البقرة، الآية (٢٧٥).

(٣) سورة البقرة، الآيتان (٢٧٨، ٢٧٩).

وما هن ؟ قال : "**الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات**"[١]. وما روى عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه قال : "**لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكِلَ الربا ومُوكِلَهُ وكَاتِبَهُ وشاهِدَيهِ**. وقال : **هم سواء**"[٢]. وغير ذلك من النصوص التي دعت إلى إجماع الأمة على تحريمه[٣]

وهذه الفوائد لا شك في أنها ربًا؛ لأنها زيادة على رأس مال المشتري، أي على الثمن الذي دفعه في السلعة، وهي إذًا لا تحل له شرعًا بأي حال من الأحوال. فكان الأجدر بالمقنن أن يلغي هذا النص الذي يبيح ما حرمه الشرع الحنيف وتوعد على فعله بأوخم العواقب؛ حتى يكون هناك انسجام بين النصوص القانونية ودستور الدولة، الذي نص في مادته الثانية على أن "**الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع**". وحتى يضمن للمجتمع الأمن والسلامة من هذه العواقب الوخيمة التي تحققت فينا وانطبقت علينا منذ أن دُست في تقنياتنا أمثال هذه النصوص، وصدق الله العظيم إذ يقول ﴿ **فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله** ﴾[٤] **ولا حــول ولا قــوة إلا بالله.**

⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘⚘

---

[١] متفق عليه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. (صحيح البخاري مع فتح الباري كتاب الوصايا باب (٢٣) ٤٦٢/٥ (٢٧٦٦)، صحيح مسلم بشرح النووي كتاب الإيمان باب الكبائر وأكبرها ٨٢/٢، ٨٣ (٨٩/١٤٥).

[٢] رواه مسلم في صحيحه كتاب المساقاة باب لَعْن آكل الربا ومُوكله ٢٦/١١ (١٥٩٨/١٠٦) عن جابر رضي الله عنه. ورواه أحمد في مسنده ٨٣/١٥ عن علي رضي الله عنه. وعنه أيضًا رواه النسائي في سننه كتاب الزينة، باب المتنمصات ١٤٧/٨. واللفظ لمسلم.

[٣] قال في المغني ١٣٤/٤ : "وأجمعت الأمة على أن الربا محرم".

[٤] سورة البقرة من الآية (٢٧٩).

الفصل الثاني

أحكام الدعوى بالمجهول
في مجال التصرفات الملزمة لجانب واحد
في الفقـــه الإسلامي والقـــانون المدني

تمهيد :

يقصد بالتصرفات الملزمة لجانب واحد : التصرفات التي لا تنشئ التزامات إلا على أحد أطرافها، كالهبة، فإنها لا تولد التزامًا إلا على الواهب؛ حيث يلتزم بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له. أما الموهوب له، فلا يلتزم بشيء.[1]

ومن هذه التصرفات ما يمكن أن يكون المدعى به في مجالها مجهولاً، وأبرز مثالين لذلك الوصية والهبة.

ذلك أن الفقهاء كادوا أن يتفقوا على صحة الوصية بالمجهول، فلو أوصى رجل لآخر بشيء مجهول، ثم مات من قبل أن يبين أو يفسر ما أوصى به، وأراد الموصي له أن يطالب الورثة بالشيء الموصى به، فإنه لا يمكنه أن يطالب به إلا مجهولاً.

كما ذهب بعضهم إلى صحة هبة المجهول، فلو وهب رجل لآخر شيئًا مجهولاً وقَبِل الآخر هذه الهبة، ثم أحجم الواهب عن تنفيذ التزامه، وأراد الموهوب له أن يطالب بالشيء الموهوب عن طريق القضاء، فإنه لا يمكنه أن يطالب به إلا مجهولاً.

وذهب بعضهم أيضًا إلى صحة هبة الثواب[2] فلو تمت هذه الهبة، وامتنع الموهوب له عن إثابة الواهب عليها، وأراد الواهب المطالبة بهذا الثواب عن طريق القضاء، فإنه لا يمكنه المطالبة به إلا مجهولاً، خاصة إذا كان الثواب مجهولاً.

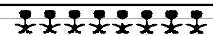
كما ذهب بعضهم أيضًا إلى أن الهبة المطلقة – أي التي لم يفصح فيها الواهب عن رغبته في العوض – تقتضي الثواب إذا جرى العرف بذلك أو دلت قرائن الحال على رغبة الواهب فيه، فلو تمت هذه الهبة، وامتنع الموهوب له عن إثابة الواهب عليها، وأراد الواهب المطالبة بهذا الثواب عن طريق الدعوى، فإنه لا يمكنه المطالبة به إلا مجهولاً كذلك.

---

(١) د. عبدالمنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام ص٤٢، ٤٣ ف٣٢، د. عبدالخالق حسن أحمد – دروس في مصادر الالتزام ص٢١.

(٢) هبة الثواب هي الهبة التي يقصد بها عوض مالي . (مواهب الجليل للحطاب ٨/٣٠) .

وفي هذا الفصل أبين - بمشيئة الله تعالى - أحكام الدعوى بالمجهول في مجال هذه التصرفات، من خلال مبحثين، أخصص أولهما لأحكام الدعوى بالمجهول في مجال الوصية في الفقه الإسلامي وقانون الوصية. وثانيهما لأحكام الدعوى بالمجهول في مجال الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، على النحو التالي :



المبحث الأول
أحكام الدعوى بالمجهول في مجال الوصية
في الفقه الإسلامي وقانون الوصية

تمهيد وتقسيم :

الوصية في اللغة : ما يوصى به، ومنه قوله تعالى : **﴿من بعد وصية يوصِي بها أو دين﴾**[١]. ويقال : أوصى فلان إلى فلان بكذا : جعله له.[٢]

وقد جاء في مغني المحتاج : "إنها في اللغة : الإيصال، من وصل الشيء بكذا، إذا وصله به؛ لأن الموصي وصل خير دنياه بخير عقباه"[٣]

أما في عرف الفقهاء فهي : "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، على سبيل التبرع، عينًا كان أو منفعة"[٤].

ودعوى الوصية المجهولة مبنية على مشروعية الوصية بالمجهول، فإنه لما كانت الوصية بالمجهول مشروعة، كانت الدعوى بها مجهولة مشروعة كذلك. وهذا بالطبع يدعونا إلى بيان مشروعية الوصية بالمجهول في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أولاً، ثم نتبع ذلك ببيان مشروعية الدعوى بالمجهول في مجال الوصية فيهما كذلك.

هذا من ناحية ، ومن ناحية أُخرى، فإن للوصية بالمجهول صورًا متعددة، إذ قد يكون الموصى به فيها مجهول العين، وقد يكون مجهول القدر، وقد يكون مجهول العين والقدر معًا. وقد اجتهد الفقهاء اجتهادًا كبيرًا في بيان كيفية تحديد المُوصى به في كل من هذه الصور، كي يحكم به القاضي للموصى له، حين ترفع أمامه دعوى من هذا القبيل. وهذا بلا شك، يدعونا إلى بحث هذه الصور، والكيفية التي يتحدد بها الموصى به في كل منهما.

هذا وقد نصت المادة ٩١٥ من القانون المدني على أنه : "تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية، والقوانين الصادرة في شأنها".

---

(١) سورة النساء من الآية ١١.

(٢) لسان العرب مادة "وصى" ٣٩٤/٥.

(٣) مغني المحتاج للشربيني الخطيب ٤١/٣.

(٤) كر الدقائق مع تبيين الحقائق ١٨٢/٦، نتائج الأفكار ٤١١/٨.

وبهذا يكون القانون قد قرر أن تطبق على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها، ويستوي في ذلك وصية المسلم، ووصية غير المسلم[1]

والقانون الصادر فى شأن الوصية هو القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، فهذا القانون هو الواجب التطبيق ، على وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين ، مكملاً بأحكام الشريعة الإسلامية [٢].

وفى مطلبين متواليين – **بمشيئة الله تعالى** – أبين مشروعية الوصية بالمجهول فى كل من الفقه الإسلامى وقانون الوصية ، وصور الوصية بالمجهول والحكم فى الدعوى بها فى كل من الفقه الإسلامى وقانون الوصية ، ثم أتبعهما بمطلب ثالث لعقد مقارنة بين الفقه الإسلامى وقانون الوصية فى هذه الأحكام ، وذلك على النحو التالى :

****

---

[1] د. السنهوري – الوسيط ٢٠٥/٩ ف٧٣ ط دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٦٨م، د. توفيق حسن فرج أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ص٨٤ ط٣ – منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٦٩، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٩٣/٦، ٢٩٤ وفيها : "تسري الشريعة الإسلامية وما استمد منها من تقنينات وتشريعات على الوصية من ناحية الموضوع، وذلك كالأحكام المتعلقة بالقدر الذي يجوز الإيصاء به، وهل تجوز الوصية لوارث، وهل تتم الوصية بالإيجاب وحده وهل يجوز الرجوع في الوصية، وكيف ينتقل المال الموصى به إلى الموصى له، وما إلى ذلك من الأحكام الموضوعية، ويستوي في ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين".

(٢) د. مصطفى الجمال – نظام الملكية ص ٤٠٥ ف ٢٨٢ ، د. السنهوری – الوسيط ٢٠٦/٩ ف ٧٣ .

المطلب الأول

مشروعية الوصية بالمجهول والدعوى بها
في الفقه الإسلامي وقانون الوصية

نبين أولاً مشروعية الوصية بالمجهول والدعوى بها في الفقه الإسلامي، ثم نثني ذلك ببيان مشروعية الوصية بالمجهول والدعوى بها في قانون الوصية. وذلك في فرعين متواليين :



الفرع الأول
مشروعية الوصية بالمجهول والدعوى بها
في الفقه الإسلامي

أولاً : مشروعية الوصية بالمجهول في الفقه الإسلامي :

يكاد يتفق الفقهاء على صحة الوصية بالمجهول [1]، سواء كانت الوصية بالمجهول عينًا أو قدرًا، أو عينًا وقدرًا معًا، **فالأول كقوله** : أوصيت لفلان بعشرة من الإبل دون أن يُعينها، **والثاني كقوله** : أوصيت لفلان بشياه أو ببقر أو نحوهما، دون أن يذكر قدرها، **والثالث كقوله** : أوصيت لفلان بشيء أو بجزء أو بنصيب أو بحظ أو ما إلى ذلك [2] . فالوصية في كل هذه الحالات جائزة. وقد استدل الفقهاء على جوازها بالمعقول من ثلاثة وجوه :

أحدها : أن جهالة الموصى به، يمكن إزالتها من جهة الموصي مادام حيًا، ومن جهة ورثته بعد موته، فأشبهت جهالة المقر به في حال الإقرار [3] .

والثاني : أن الموصى له يخلف الميت في ثلث ماله، كما يخلفه الوارث في ثلثيه، فلما جاز أن يخلف الوارث الميت في هذه الأشياء – المجهولة –، جاز أن يخلفه الموصى له فيها، كالمعلومة [4] . وبعبارة أخرى : إن هذه الأشياء يجري فيها الإرث، فتجري فيها الوصية أيضًا؛ لأنها أخته [5] .

والثالث : أن الوصية تصح بالمعدوم، فبالمجهول أولى [6] .

ولم يشذ عن ذلك إلا عطاء [7] ....

---

(١) البدائع ٥٢٥/٧، الهداية ١٧٣٠/٤، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٥٤٨/٨، ٥٤٩، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٤٧/٤، البيان ١٦٩/٨، أدب القضاء لابن أبي الدم صـ٢٠٢، مغني المحتاج ٥٦/٣، الحاوي الكبير ١٩٤/٨، المغني ٤٧٨/٦، ٦١٤، الشرح الكبير مع المغني ٥٣٥/٦، البحر الزخار ٣١٣/٦، السيل الجرار ٤٨١/٤، شرائع الإسلام ٢٤٨/٢، فقه الإمام جعفر الصادق ١٦٣/٦، شرح كتاب النيل ٣٠٠/١٢، التركة والحقوق المتعلقة بها للشيخ أحمد إبراهيم بك ص٨٧٥ – القاهرة الحديثة للطباعة سنة ١٤٠٧هـ – ١٩٨٧م.

(٢) التاج المذهب ٣٧٢/٤.

(٣) بدائع الصنائع ٥٢٥/٧، السيل الجرار ٤٨١/٤، ٤٨٢.

(٤) مغني المحتاج ٥٦/٣، البيان ١٦٩/٨.

(٥) تبيين الحقائق ١٨٦/٦، الشرح الكبير مع المغني ٥٣٥/٦.

(٦) الشرح الكبير مع المغني ٥٣٥/٦، منار السبيل ٢٥/٢، الروض المربع ص٣١٣.

(٧) هو عطاء بن أبي رباح أسلم، أبو محمد المكي، مولى بني جمح، وقيل : آل خثيم، أحد كبار التابعين، ومفتي أهل مكة في رمانه، وكان ثقة فقيهًا عالمًا كثير الحديث. أدرك مائتي صحابي. وروى عن أبي هريرة وعائشة الكثير، وروى عنه الأوزاعي وابن جريج والليث وأبو حنيفة وقال : "ما رأيت أفضل من عطاء بن أبي رباح ولا أكذب من جابر الجعفي" ومات رحمه=

وعكرمة[١] رضى الله عنهما، فقد روى عنهما الماوردي أنهما قالا : "إن الوصية بما ليس بمعلوم من الحظ والنصيب باطلة؛ للجهل بها"[٢].

قال الماوردي رادًا عليهما : "وهذا فاسد؛ لأن الجهل بالوصايا لا يمنع من جوازها، ألا ترى أنه لو أوصى بثلث ماله، وهو لا يعلم قدره، جازت الوصية مع الجهل بها ؟

وقد أوصى أنس بن مالك[٣] لثابت البناني[٤] بمثل نصيب ولده"[٥].

ثانيًا : مشروعية دعوى الوصية المجهولة في الفقه الإسلامي :

إذا ثبت أن الوصية بالمجهول جائزة، فإنه إن لم يبينها الموصي قبل موته، كان للموصي له أن يرفع دعوى على ورثته بعد موته يطالبهم فيها بما أوصى له به مورثهم.

ـاته سنة ١١٤هـ. وقيل : ١١٥.وقيل :١١٧هـ.عن عمر بلغ ثمان وثمانين سنة. وقيل تسعين. (طبقات ابن سعد ٥/٤٦٧، طبقات الحفاظ للسيوطي ص٣٩(٨٨)، ميزان الاعتدال للذهبي ٤٦٧/٣ (٥٦٤٠)، سير النبلاء ٧٨/٥(٢٩).

(١) هو عكرمة – مولى ابن عباس – أبو عبدالله المدني، أصله من البربر من أهل المغرب، أحد كبار التابعين. قال أبو الشعثاء : عكرمة أعلم الناس. وقيل لسعيد بن جبير : تعلم أعلم منك ؟ قال : عكرمة. وقال سفيان الثوري : خذوا التفسير عن أربعة : عن سعيد بن جبير، ومجاهد، وعكرمة، والضحاك. وروى عنه أيوب وخالد الحذاء واعتمده البخاري. وأخرج له مسلم مقرونًا. وكذبه مجاهد وابن سيرين. ومات رضى الله عنه سنة ١٠٥. وقيل : ١٠٦. وقيل : ١٠٧هـ. (تذكرة الحفاظ ٩٥/١، تهذيب الأسماء واللغات ٣٤٠/١، تهذيب التهذيب ٢٣٤/٧، ط دار الفكر سنة ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م، طبقات الحفاظ للسيوطي ص٣٧ (٨٥)، غاية النهاية في طبقات القراء لابن الجزري ٥١٥/١ (٢١٣٢)، وفيات الأعيان ٢٦٥/٣ (٤٢١)).

(٢) الحاوي ٢٠٥/٨.

(٣) هو أبو حمزة أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم بن زيد البخاري الخزرجي الأنصاري، خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم. ولد بالمدينة سنة ١٠ ق.هـ، ولازم النبي صلى الله عليه وسلم وسنه عشر سنوات، وشهد معه جميع الغزوات، وحفظ عنه الكثير، فكان من أكثر الصحابة رواية للحديث، فله ٢٢٨٦ حديثًا. وكان كثير العبادة قليل الكلام. قال فيه أبو هريرة : "ما رأيت أحدًا أشبه صلاة برسول الله صلى الله عليه وسلم من ابن أم سليم. ومات بالبصرة سنة ٩٣هـ وكان آخر من مات بالبصرة من الصحابة رضى الله عنهم . (أسد الغابة ١٥١/١، الاستيعاب بذيل الإصابة ٢٥/١، طبقات ابن سعد ١٧/٧، تجريد أسماء الصحابة للذهبي ٣١/١ (٢٧١)).

(٤) هو ثابت بن أسلم، أبو محمد البناني البصري، روى عن أنس، وعبدالله بن الزبير، وأبي برزة الأسلمي وغيرهم، وروى عنه حماد بن زيد، وحماد بن سلمه، وحميد الطويل، وشعبة وغيرهم، وكان محدثًا من الثقات المأمونين، صحيح الحديث. قال أبو حاتم : "أثبت أصحاب أنس : الزهري، ثم ثابت، ثم قتادة، وكان يقص" ومات رضى الله عنه سنة ١٢٧ عن عمر بلغ ستًا وثمانين سنة. (تذكرة الحفاظ ١٢٥/١، طبقات الحفاظ ص٤٩ (١٠٨)، تهذيب التهذيب ٣/٢، طبقات القراء لابن الجزري ١٨٨/١ (٨٦٣)).

(٥) الحاوي الكبير ٢٠٦/٨.

وهذه الدعوى وإن كان المدعى به فيها مجهولاً إلا أنها جائزة ومقبولة لدى كافة الفقهاء[١]؛ لما يلي :

أولاً : أن هذه ضرورة تقتضيها صحة الوصية بالمجهول، التي اتفق عليها الفقهاء، فإنه لما صح أن يوصي الإنسان بشيء أو سهم أو جزء من ماله لغيره، فإنه لا يمكن لهذا الغير أن يدعيها إلا مجهولة؛ لكي يتوصل إلى حقه[٢]؛ لأن الوصية إنشاء، ولا يمكن للموصى له أن يعين شيئاً أبهمه الموصي المنشئ. [٣]

ثانياً : أن القضاء بالوصية المجهولة، كثلث المال الغير معروف، صحيح، فإذا كان ذلك كذلك، فالدعوى بالوصية المجهولة صحيحة من باب أولى. [٤]

****

---

(١) البناية على الهداية ٨/٣٩٠، حاشية الشلبي على الزيلعي ٤/٢٩١، شرح المجلة لسليم رستم باز ٢/٩١١، ٩١٢، الأصول القضائية ص٧، ٨، تهذيب الفروق ٤/١٥٧، المهذب ٥/٥٤٢، البيان ١٣/١٥٣، أدب القضاء لابن أبي الدم ص٢٠١ وما بعدها، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٠٠، العزيز شرح الوجيز للرافعي ١٣/١٥٧، شرح الأنصاري على المنهاج ٥/٤١٤، التنبيه للشيرازي ٢/٩٠٨، المغني والشرح الكبير ١١/٢٣٦، ٤٤٩، الفروع لابن مفلح ٦/٤٦٠، الكافي لابن قدامة ٤/٤٨٦، القواعد في الفقه لابن رجب الحنبلي ص٣٣٣، ٣٣٤، السيل الجرار ٤/١٤١ هامش (٣)، البحر الزخار ٦/٣٩٤، فقه الإمام جعفر ٦/٧٩، التاج المذهب ٤/٨.

(٢) المغني والشرح الكبير ١١/٤٣٦، ٤٤٩ العزيز للرافعي ١٣/١٥٧، أدب القضاء لابن أبي الدم ص٢٠٢، روضة الطالبين ١٢/٩، الأصول القضائية ص٨، القواعد في الفقه لابن رجب ص٣٣٤، البيان ١٣/١٥٤.

(٣) أدب القضاء لابن أبي الدم ص٢٠٦.

(٤) تهذيب الفروق ٤/١٥٧.

الفرع الثاني
مشروعية الوصية بالمجهول
والدعوى بها في قانون الوصية

أولاً : مشروعية الوصية بالمجهول في قانون الوصية :

لقد صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية، وأوجبت المادة ٩١٥ من القانون المدني، تطبيق أحكامه على الوصية، مكملاً بالشريعة الإسلامية.

وباستقراء نصوص هذا القانون، نراه لم يصرح بجواز الوصية بالمجهول، ولكنه ذكر أحكام الوصية بالمجهول التي اقترنت بما يشير إلى البيان، وإن لم يكن قاطعًا ولا راجحًا، بل كان احتمالاً قويًا. (١)

وقد جاء ذلك في المواد ٤٠، ٤١، ٤٢ منه.

فنصت المادة ٤٠ على أنه "إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصي، استحق الموصي له قدر نصيب هذا الوارث، زائدًا على الفريضة".

ونصت المادة ٤١ على أنه "إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين، من ورثة الموصي، أو بمثل نصيبه، استحق الموصي له، نصيب أحدهم، زائدًا على الفريضة، إن كان الورثة متساوين في الميراث، وقدر نصيب أقلهم ميراثًا، زائدًا على الفريضة إن كانوا متفاضلين".

ونصت المادة ٤٢ على أنه "إذا كانت الوصية : بسهم شائع في التركة، ونصيب أحد ورثة الموصي، أو بمثل نصيبه، سواء عيّن الموصي الوارث أم لم يعيّنه، قدّرت حصة الموصي له، بنصيب الوارث، على اعتبار أنه لا وصية غيرها، ويقسم الثلث بالمحاصة، إذا ضاق عن الوصيّتين، وإذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود، أو بعين من أعيان التركة، بدل السهم الشائع، قَدر الموصي به بما يساويه من سهام التركة".

وبالنظر في نصوص هذه المواد، يتبين أن القانون قد تناول أربع حالات فقط من الحالات التي تقع فيها الوصية مجهولة، **وهذه الحالات هي :**

١-إذا أوصى بمثل نصيب وارث معين من ورثته، أو بنصيبه.

---

(١) شرح قانون الوصية للإمام محمد أبي زهرة ص١٣٦ ف٩٩ ط دار الفكر العربي – القاهرة – سنة ١٣٩٨هـ –١٩٧٨م

٢-إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته ولم يعينه.

٣-إذا أوصى بنصيب أو بمثل نصيب أحد الورثة، مع الوصية بسهم معلوم شائع من التركة.

٤-إذا أوصى بنقود أو بأعيان من التركة، مع الوصية بنصيب أحد الورثـــــــة.

وسيأتي بيان الحكم في هذه الصور، وكيفية تحديد الموصي به فيها،فيما بعد إنشاء الله تعالى.

ثانيًا : مشروعية دعوى الوصية بالمجهول في قانون الوصية :

لم ينص قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على مشروعية دعوى الوصية بالمجهول. إلا أنه تطبيقًا لنص المادة ٩١٥ من القانون المدني، التي أحالت ما لم يرد بشأنه نص من أحكام الوصية على الشريعة الإسلامية بقولها : "تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها"، لابد وأن نقرر أن دعوى الوصية بالمجهول، جائزة ومقبولة قانونًا؛ ذلك أنها جائزة في الشريعة الإسلامية، وأقرها كافة الفقهاء - كما عرفنا - بمسوغات مقنعة ومقبولة عقلاً.

كما أن تجويز دعوى الوصية بالمجهول في قانون الوصية، ضرورة يقتضيها نصه على أحكام بعض الحالات التي تقع فيها الوصية بالمجهول، كما سبق وعرفنا؛ إذ إن تطبيق هذه الأحكام منوط بالجهات القضائية، والمدعى - الموصى له - حين يرفع دعوى من هذا القبيل، لا يبين فيها مقدار أو نوع ما يستحقه، وإنما يبين فقط الصيغة التي وقعت بها الوصية، ويطلب الحكم له بمقتضاها، وهذه الصيغة لا تحدد الموصي به بما يصير به معلومًا.



المطلب الثاني
صور الوصية بالمجهول
والحكم في الدعوى بها
في الفقه الإسلامي وقانون الوصية

نبين أولاً هذه الصور والحكم في الدعوى بها في الفقه الإسلامي، ثم نتبع ذلك ببيانها والحكم في الدعوى بها في قانون الوصية، وذلك فى فرعين متواليين على النحو التـــالي:

* * * * * * * *

الفرع الأول
صور الوصية بالمجهول
والحكم في الدعوى بها
في الفقـــــه الإسلامــــي

للوصية بالمجهول ثلاث صور؛ لأن الموصي به فيها إما أن يكون مجهول العين والقدر معًا، وإما أن يكون مجهول العين فقط، وإما أن يكون مجهول القدر فقط.

وقد اجتهد الفقهاء في بيان الوسيلة أو الكيفية التي يتحدد ويتعين بها الموصي به في كل صورة من هذه الصور حتى يتمكن القاضي من الحكم في الدعوى بها وفيما يلي بيان هذه الصور وكيفية تحديد الموصي به فيها :

الصـــورة الأولي
الوصية بمجهول العين والقدر معًا
وكيفيـــة تحديـــد الموصـــي به فيـــها

تتعدد مظاهر الوصية بمجهول العين والقدر معًا، فقد يوصي الإنسان بجزء أو حظ أو نصيب أو شيء أو قسط أو شقص، أو ما إلى ذلك من المصطلحات التي يمكن إطلاقها على القليل والكثير، ولا حد لها لغة ولا شرعًا.

وقد يوصي الإنسان بسهم من ماله.

وقد يوصي بنصيب أو بمثل نصيب أحد ورثته.

وقد يوصي بسهم شائع، أو بنقود أو أعيان معينة مع نصيب أو مثل نصيب أحد ورثته.

وقد يوصي بضعف نصيب أحد ورثته. وما إلى ذلك من الصور.

وحتى لا يطول بنا المقام في هذه الجزئية، فإننا سنكتفي ببيان الحكم في هذه المظاهر التي قدمناها؛ لأهميتها، ولأنها في غالب ظننا هي الأكثر وقوعـــًا.

فنقول وبالله تعالى التوفيق

المظهر الأول : الوصية بما لا حد له لغة ولا شرعًا :

لـــو أوصــــى رجل لآخر بحظ أو قسط أو قليل أو شيء أو شقص أو بطائفة أو بـــبعض أو بوافر، أو ما أشبه ذلك، فقد قال ابن قدامة - رحمه الله -: "أعطاه الورثة ما

شاءوا، ولا أعلم فيه خلافًا، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر[١] وغيرهم؛ لأن كل شيء جزء ونصيب وحظ وشيء. وكذلك لو قال : أعطوا فلانًا من مالي أو ارزقوه؛ لأن ذلك لا حد له في اللغة ولا في شرع، فكان على إطلاقه"[٢]

وعلى ذلك، فالبيان إلى الورثة، إن مات الموصي قبل أن يبين؛ لأنهم إضافة إلى ما ذكره ابن قدامة – **رحمه الله** – خلفاء مورثهم؛ فيقومون مقامه فيما فاته من بيان. [٣]

ولأنهم أقرب الناس إليه، وأدناهم منه، فهم أعرف بمقاصده وغاياته. [٤]

وللورثة أن يعطوا الموصي له ما شاءوا من المال، كثيرًا كان أم قليلاً [٥]، إذا كان القليل له قيمة، أو لا يتسامح بمثله. فإن اختلف الورثة ففي العين لا يصح إلا مع تراضي الجميع، فإن لم يتفقوا، فالحاكم يعين. وفي القدر، يصح ما اتفقوا عليه، وينفذ الزائد في نصيب من عيَّنه، ولا تحليف هنا على الوارث. [٦]

فإن امتنعوا من البيان، لم يخل حالهم من أن يكون عندهم بيان، أو لا يكون.

فإن لم يكن عندهم بيان، رجع إلى بيان الموصي له، فإن نُوزع أحلف، فإن لم يكن عنده بيان هو الآخر، وقف القاضي ثلث التركة، على ما يكون من بيان أحدهما – الورثة أو الموصي له –، وتصرف الورثة في الثلثين.

وإن كان عندهم بيان، وأبوا أن يبينوه، ففيه رأيان :

---

[١] هو الإمام محمد بن إبراهيم بن المنذر، أبو بكر النيسابوري، الفقيه، المولود بنيسابور سنة ٢٤٢هـ، نزيل مكة، كان مجتهدًا لا يقلد أحدًا، بل يدور مع ظهور الدليل، سمع محمد بن عبدالحكم، والربيع بن سليمان، وغيرهما، وحدث عنه أبو بكر بن المقرئ ومحمد بن يحيى الدمياطي وغيرهما. قال فيه ابن قاضي شهبة : "أحد الأئمة الأعلام، وممن يقتدى بنقله في الحلال والحرام، صنف كتبًا كثيرة منها : "الإشراف في معرفة الخلاف" و"الأوسط" و"الإجماع" و"الإقناع" و"التفسير" وتوفي سنة ٣١٨هـ. وقيل سنة ٣٢٩هـ. وقيل سنة ٩ أو ٣١٠هـ. (طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٩٨/١، شذرات الذهب ٢٨٠/٢، سير أعلام النبلاء ٤٩٠/٤).

[٢] المغني ٤٧٨/٦، ونحو هذا في البيان ٢٣٧/٨، وانظر أيضًا : البدائع ٥٢٥/٧، الهداية ١٧٣٠/٤، العناية للبابرتي ٤٤٥/١٠، ٤٤٦، الاختيار لتعليل المختار ٧٤/٥، الحاوي الكبير ٢٠٥،٢٠٦/٨، التاج المذهب ٣٧٥/٤، التركة والحقوق المتعلقة بها للشيخ أحمد إبراهيم بك ص٨٧٥.

[٣] البدائع ٥٢٥/٧، الهداية ١٧٣٠/٤، تبيين الحقائق ١٨٩/٦، حاشية ابن عابدين ٣٠٣/١٠، الاختيار لتعليل المختار ٧٤/٥.

[٤] شرح قانون الوصية للإمام أبي زهرة ص١٣٥ ف٩٨.

[٥] البدائع ٥٢٥/٧، التاج المذهب ٣٧٥/٤.

[٦] التاج المذهب ٣٧٥/٤.

أحدهما : يجبر الورثة على البيان، ولو بالحبس[١]؛ لأن في البيان إحياء لحق ثابت بالوصية، فجاز الجبر عليه لذلك. [٢]

والثاني : يرجع إلى بيان الموصي له. [٣]

والأول أصح؛ لقوة دليله.   والله تعالى أعلم.

فإن لم يكن للموصي وارث، ومات قبل أن يبين، كان البيان لولي الأمر؛ باعتبار أن التركة ستئول إلى بيت المال. ولأنه وليُّ من لا ولي له، وقد تولى الورثة البيان بما لهم من صلة بالميت، فيتولاه ولي الأمر بماله من الولاية العامة التي تجعله ذا صلة بكل إنسان، والبيان عن المتوفي مما له صلة بالولاية العامة. [٤]

المظهر الثاني : الوصية بسهم من التركة :

لو أوصى رجل بسهم من ماله، فقد اختلف الفقهاء في مقدار ما يستحقه الموصي له في هذه الحالة إلى **ستة مذاهب** :

المذهب الأول : يرى أصحابه أن الموصي له يستحق سدس التركة. روى هذا عن على وابن مسعود[٥] رضى الله عنهما، وبه قال الحسن[٦] وإياس بن معاوية[٧] .....

---

[١] نتائج الأفكار ١٠/٤٤٦، الحاوي الكبير ٨/٢٠٦.

[٢] نتائج الأفكار ١٠/٤٤٦.

[٣] الحاوي الكبير ٨/٢٠٦.

[٤] شرح قانون الوصية للإمام محمد أبي زهرة ص١٣٥.

[٥] هو عبدالله بن مسعود بن الحارث بن غافل بن حبيب، أبو عبدالرحمن الهذلي، صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم وخادمه، وأحد السابقين الأولين، ومن كبار البدريين، ومن نبلاء الفقهاء المقرئين. أسلم قبل عمر رضي الله عنهما، وهو أول من أفشى القرآن مِن فِيِّ رسول الله صلى الله عليه وسلم. وبشره النبي صلى الله عليه وسلم بالجنة. قال حذيفة : "ما أعلم أحدًا أقرب سمتًا ولا هديًا ودلاً برسول الله صلى الله عليه وسلم من ابن أم عبد" وكان ممن يتحرى في الأداء، ويشدد في الرواية، ويزجر تلاميذه عن التهاون في ضبط الألفاظ. وكان من أوعية العلم وأئمة الهدى. مات رضى الله عنه سنة ٣٢هـ وله بضع وستون سنة. (أسد الغابة ٣/١٨٠ (٣١٧٧)، الإصابة ٤/١٢٩ (٤٩٤٥)، تذكرة الحفاظ للذهبي ١/ ٣١، طبقات الحفاظ للسيوطي ص٥ (٦)، طبقات القراء لابن الجزري ١/٤٥٨ (١٩١٤)).

[٦] هو الحسن بن يسار البصري، أبو سعيد، تابعي، كان إمام أهل البصرة وحبر الأمة في زمنه. ولد بالمدينة سنة ٢١هـ، وشب في كنف على كرم الله وجهه، وسكن البصرة، وكان لا يخاف في الله لومة لائم. قال الإمام الغزالي : "كان الحسن أشبه الناس بكلام الأنبياء، وأقربهم هديًا من الصحابة، وكان غاية في الفصاحة، تنصب الحكمة من فيه" وتولى رضى الله عنه بالبصرة سنة ١١٠هـ (شذرات الذهب ١/١٣٦، أخبار القضاة لوكيع ٢/٣ ط عالم الكتب بيروت، الأعلام ٢/ ٢٢٦).

[٧] هو إياس بن معاوية بن قرة بن إياس المزني، أبو واثلة البصري، المتوفي سنة ١٢١. وقيل ١٢٢هـ، روى عن أنس وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم. وروى عنه خالد الحذاء وشعبة وحماد بن سلمة وغيرهم. وتولى قضاء البصرة.قال=

والثوري.[1] كما ذهب إليه الإمامان أبو حنيفة في رواية وأحمد في رواية.[2]

المذهب الثاني : يرى أصحابه أن البيان يترك للورثة كالصورة السابقة، فيقال لهم: أعطوه ما تشاءون. وإلى هذا ذهب بعض مشايخ الحنفية، وهو مذهب الشافعية، وروى عن ابن المنذر.[3]

المذهب الثالث : يرى أصحابه أنه يستحق سهمًا من أصل فريضة الموصي، فينظر كم سهمًا صحت منه الفريضة، ويزاد عليها مثل سهم، فإن كانت من ستة، فسهم منها، وإن كانت من أربعة وعشرين، فسهم منها، وإن كان ورثته ولده، فإن كان ذكرًا وأنثى، فله الثلث، وإن كانوا ذكرًا وأنثيين، فله الربع، وإن لم يكن له وارث، فسهم من ستة، وقيل : سهم من ثمانية. وإن لم يكن للموصي إلا أنثى أو وارثًا لا يحوز التركة كلها، فإن للموصي له سهمًا من ثمانية. وإلى هذا ذهب المالكية، والإمام أحمد في رواية، وروى عن شريح، إلا أن أحمد وشريحًا اشترطا أن لا يزيد السهم عن السدس.[4]

المذهب الرابع : يرى أصحابه أنه يستحق أخس سهام الورثة. وإليه ذهب أبو حنيفة في رواية، والصاحبان من الحنفية، والإمام أحمد في رواية، وبه قال الزيدية.

وهل يستحق الموصي له أخس سهام الورثة على هذا المذهب مطلقًا، أي في كل الحالات ؟ خلاف :

=ابن سعد : "كان ثقة"، وقال العجلي : "بصرى ثقة" وله أحاديث في صحيح مسلم، ولجده صحبه. (البداية والنهاية ٩/ ٣٣٤، تهذيب التهذيب ٣٤١/١، سير النبلاء ١٥٥/٥ (٥٦)، شذرات الذهب ١٦٠/١، ميزان الاعتدال ١٨٣/١).

(١) هو أبو عبدالله سفيان بن سعد بن مسروق الثوري الكوفي، ولد بالكوفة في السنة السابعة والتسعين للهجرة، ونشأ بها، درس الحديث والفقه حتى صار مبرزًا فيهما، وكان آية في الحفظ حتى لُقب بأمير المؤمنين في الحديث. عرض عليه الخليفة العباسي المنصور القضاء فرفض. وانقطع للتأليف. له كتب في الحديث وفي الفرائض. (وفيات الأعيان ٣٨٦/٢، تهذيب التهذيب ١١١/٤، تاريخ بغداد ١٥١/٩، الأعلام ١٠٤/٣).

(٢) تبيين الحقائق ١٨٩/٦، الاختيار ٧٤/٥ المغني ٤٧٦/٦، الروض المربع ص٣١٤.

(٣) تبين الحقائق ١٨٩/٦، الهداية والعناية ٤٤٥/١٠، الحاوي ٨ ٢٠٥، ٢٠٦، البيان ٢٣٧/٨، المغني ٤٧٦/٦، ٤٧٨، العزيز للرافعي ١٤٥/٧، روضة الطالبين للنووي ٢١٢/٦. وإلى هذا الرأى مال الشيخ أحمد إبراهيم - رحمه الله - حيث قال : "إذا قال شخص : أوصيت لفلان بجزء من مالي أو بسهم منه، ومات قبل البيان، كان بيان ذلك إلى ورثة الموصي، فيقال لهم : أعطوه ما شئتم. والتسوية بين السهم والجزء عرف حادث، وأما قديمًا فقد كان يطلق السهم على السدس" أهـ (التركة والحقوق المتعلقة بها ص٨٧٧).

(٤) مواهب الجليل والتاج والإكليل ٥٤٩/٨، أسهل المدارك للكشناوي ٢٧٧/٣، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/ ٤٤٧، جواهر الإكليل ٣٢٤/٢، المغني ٤٧٦/٦، الإنصاف ٧ ٢٦٤، الكافي لابن قدامة ٤٩٦/٢، ٤٩٧.

فروى عن أبي حنيفة في الجامع الصغير أن للموصى له أخس سهام الورثة، إلا أن يكون أقل من السدس ، فحينئذ يعطى السدس ، أي بشرط أن لا يقل عن السدس وروى عنه في الأصل وعن أحمد ، أن للموصى له أخس سهام الورثة أكثر من السدس، فلا يزاد عليه. وعليه فيجوز النقصان عن السدس. وإلى هذه الرواية ذهب الزيدية.

وقال الصاحبان : له أخس سهام الورثة إلا أن يزيد على الثلث، فيكون له الثلث ولا يزاد عليه إلا بإجازة الورثة. [1]

المذهب الخامس : يرى أصحابه أنه يعطي سهمًا من أربعة وعشرين سهمًا من التركة. وقد روى هذا عن أبي ثور[2] [3] - رحمه الله - .

المذهب السادس : يـــرى أصحابه أن الموصي له لا يستحق شيئًا في هذه الحالة.

وقد روى هذا عن عطاء وعكرمة - رحمهما الله تعالى. [4]

---

(١) البدائع ٥٢٥/٧؛ تبين الحقائق ١٨٩/٦، نتائج الأفكار والعناية ٤٤٢/١٠، ٤٤٣، حاشية ابن عابدين ٣٠٣/١٠، المغني ٤٧٦/٦، الإنصاف ٢٦٤/٧، التاج المذهب ٣٧٥/٤، السيل الجرار ٤٨٢/٤، البحر الزخار ٣٢٨/٦. فلو افترضنا أن الموصي مات وترك زوجة وابنًا، فللموصي له على رواية الأصل التي عليها الإمام أحمد والزيدية، أخس سهام الورثة، وهو الثمن، ويزاد على ثمانية أسهم سهم آخر، فيصير تسعة، فيعطي تسع المال.
وعلى رواية الجامع الصغير، يعطي السدس؛ لأنه أخس سهام الورثة.ولو ترك زوجة، وأخًا لأب، وأمًا لأب، فللموصي له عند أبي حنيفة على الروايتين وأحمد والزيدية السدس؛ لأن أخس سهام الورثة هاهنا الربع وهو يجاوز السدس. أما عند الصاحبين، فله الربع؛ لأنه أقل سهام الورثة، وهو أقل من الثلث. وكذا لو تركت زوجًا وابنًا. ولو ترك ابنًا واحدًا، فللموصى له عند أبي حنيفة والزيدية السدس ، وعند الصاحبين ثلث جميع المال وهكذا . (البدائع ٥٢٥/٧، العنـــاية ٤٤٤/١٠، الاختيار لتعليل المختار ٧٤/٥، التاج المذهب ٣٧٥/٤).

(٢) هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، أبو ثور الفقيه. روى عن ابن عُلية، وابن عيينة، وابن مهدي، ووكيع. وروى عنه أبو داود، ومسلم، وابن ماجة وأبو القاسم البغوى، وأبو حاتم. قال فيه النسائي : "ثقة مأمون، أحد الفقهاء". وقال ابن حبان : "أحد أئمة الدنيا فقهًا وعلمًا وفضلاً وورعًا وديانة، صنف وفرّع على السنن، وذب عنها" له كتب في الأحكام، جمع فيها بين الحديث والفقه، ومات في صفر سنة ٢٤٠هـ (تاريخ بغداد ٦٥/٦، تهذيب التهذيب ١/ ١٠٢، طبقات الفقهاء للشيرازي ص١٠١، طبقات ابن هداية الله الحسيني مع طبقات الشيرازي ط دار القلم - بيروت ص١٩٠، طبقات الشافعية للسبكي ٧٤/٢، وفيات الأعيان ٢٦/١، طبقات الحفاظ للسيوطي ص٢٢٣ (٥٠٣)، طبقات ابن قاضي شهبة ٥٥/١ (١)).

(٣) الحاوي الكبير ٢٠٦/٨، المغني ٤٧٦/٦.

(٤) المغني ٤٧٧/٦.

الأدلة والمناقشات :

أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول على أن الموصي له بسهم يستحق السدس، بالسنة والإجماع والمعقول :

أما السنة : فما روى أن رجلاً جعل لرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم سهمًا من ماله، فمات الرجل، ولم يدر ما هو. فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، **فجعل له السدس من ماله** .[١]

وجه الدلالة من الحديث ظاهر؛ حيث إنه صلى الله عليه وسلم أعطى الموصي له بسهم سدس التركة؛ فدل على أن السهم يطلق على السدس شرعًا كما أطلق عليه لغة.[٢]

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث : بأنه استدلال غير صحيح؛ لأن الحديث ضعيف، فلا تقوم به حجة، وفوق ذلك فإنها قضية عين، ويحتمل أن تكون البينة قامت بالسدس، واعترف به الورثة.[٣]

ويمكن أن يجاب عن هذه المناقشة : بأن الحديث وإن كان ضعيفًا، والقضية وإن كانت قضية عين، إلا أنه يستأنس بها، فلا يستبعد الاستشهاد بها بالكلية، خاصة وقد انضم إليها عرف اللغة. فالمعروف أن لاستعمالات الألفاظ في اللغة دلالاتها في استنباط الأحكام الشرعية منها.

أما القول باحتمال قيام البينة على السدس ، أو اعتراف الورثة به، فترجيح بلا مرجح، وهو لا يصح؛ إذ يحتمل كذلك عدم قيام البينة على السدس وعدم اعتراف الورثة به. على أن المرجح موجود مع الاحتمال الثاني، وهو عرف اللغة كما اتضــح.

---

(١) رواه الطبراني في "الأوسط" عن ابن مسعود رضي الله عنه. وقال : "لم يرو هذا الحديث عن أبي قيس إلا العزرمي تفرد به أبو بكر الحنفي ، ولا يروي متصلاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا بهذا الإسناد". وعزاه الهيثمي إلى البزار عن ابن مسعود أيضًا بلفظ : "أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من ماله، فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم السدس" وقال : "وفيه محمد بن عبيد الله العزرمي، وهو ضعيف" (المعجم الأوسط للطبراني ٢٢١/٨، ٢٢٢ (٨٣٣٨) ، مجمع الزوائد للهيثمي، كتاب الوصايا باب فيمن أوصى بسهم من ماله ٢١٣/٤).

(٢) الهداية ١٧٣٠/٤، البدائع ٥٢٦/٧، الاختيار لتعليل المختار ٧٤/٥، وحاشية سعدى جلبي ٤٤٢/١٠، ٤٤٣، الحاوي ٢٠٦/٨، المغني ٤٧٧/٦، الروض المربع ص٣١٥.

(٣) الحاوي الكبير ٢٠٦/٨.

وأما الإجماع : فقد حكاه غير واحد من الفقهاء. قال الكاساني[١] : "روى عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن رجل أوصى بسهم من ماله، فقال : "له السدس"[٢] ، والظاهر أن الصحابة رضي الله عنهم بلغتهم فتواه، ولم يُنقل أنه أنكر عليه أحد فيكون إجماعًا".[٣]

وقال ابن قدامة : "ولأنه قول علي وابن مسعود ولا مخالف لهما في الصحابة".[٤]

وأما المعقول فمن وجهين :

أحدهما : أن السهم في كلام العرب السدس. قال إياس بن معاوية [٥] : السهم في كلام العرب السدس، إلا أنه يستعمل في أحد سهام الورثة. والأقل متيقن، فتنصرف الوصية إليه كما لو تلفظ به. [٦]

والثاني : أن السدس أقل سهم مفروض يرثه ذو قرابة، فتنصرف الوصية إليه.[٧]

دليل المذهب الثاني :

استدل أصحاب المذهب الثاني على أن البيان يترك للورثة بالمعقول : وهو أن لفظ السهم من الألفاظ التي لا تختص في الشرع ولا في العرف بمقدار معلوم، ولا لاستعمالاتها في القليل والكثير حد؛ لأن السهم قد يكون قليلاً إذا أضيف إلى ما هو أكثر منه، ويكون كثيرًا إذا أضيف إلى ما هو أقل منه. وطالما أنه مجهول ولم يبينه الموصي

---

[١] هو الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد بن علاء الدين الكاساني الحنفي، الملقب بملك العلماء، المتوفى بحلب سنة ٥٨٧هـ، وهو فقيه أصولي، من آثاره : "السلطان المبين في أصول الدين" و"بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" الذي شرح فيه تحفة الفقهاء للسمرقندي. (معجم المؤلفين ٣/٧٥، كشف الظنون ١/٣٧١).

[٢] رواه ابن أبي شيبة في مصنفه كتاب الوصايا باب (٢٣) ٧ /٢٩٢ (٥)، وانظر : العناية للبابرتي ١٠/٤٤٢، حاشية سعدى جلبي ١٠/٤٤٤، المغني لابن قدامة ٦/٤٧٧.

[٣] بدائع الصنائع ٧/٥٢٦.

[٤] المغني ٦/٤٧٧.

(٥) المصنف لابن أبي شيبة ، كتاب الوصايا باب (٢٣) ٧/ ٢٩٢ (٤ ، ٦)

[٦] البدائع ٧/٥٢٦، الهداية ٤/١٧٣٠، الاختيار لتعليل المختار ٥/٧٤، العناية ١٠/٤٤٢، المغني ٦/٤٧٧، الروض المربع ص٣١٤، ٣١٥ .

[٧] المغني ٦/٤٧٧، التاج المذهب ٤/٣٧٥، الاختيار لتعليل المختار ٥/٧٤.

في حياته، ترك بيانه للورثة[1]؛ لأنهم خلفاء مورثهم، فيقومونَ مقامه فيما فاته من بيان. ولأنهم أقرب الناس إليه وأدناهم منه، فهم أعرف بمقاصده وغاياته ومراميه. [2]

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال بأنه غير صحيح؛ إذ قد قام الدليل الشرعي واللغوي، على أن لفظ السهم موضوع للسدس، وذلك واضح في أدلة المذهب الأول.

أدلة المذهب الثالث : استدل المالكية على أن الموصي له بسهم يستحق سهمًا من أصل الفريضة، بالمعقول من وجهين :

أحدهما : أن السهم عبارة عن مقدر، وتقديره غير معين فكأن الموصي أوصى له بمقدار، فيجب أن يطلب ما هو أولى به، وإذا رد ذلك إلى اختيار الورثة أعطوه الشيء اليسير الذي لا قدر له، وفي ذلك إبطال للوصية [3].

والثاني : أن قول الموصي : أوصيت لفلان بسهم. ينبغي أن ينصرف إلى سهام فريضته؛ لأن وصيته منها، فينصرف السهم إليها، فكان واحدًا من سهامها، كما لو قال : فريضتي كذا وكذا سهمًا، لك منها سهم. [4]

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال بأنه غير صحيح أيضًا، فتقدير السهم معين بالدليل الشرعي واللغوي؛ إذ قد قام الدليل الشرعي واللغوي على استعمال السهم في السدس، فوجب أن ينصرف إليه عند إطلاقه لا إلى سهام الفريضة، عملاً بهذا الدليل.

واستدل الإمامان أحمد وشريح على عدم جواز الزيادة على السدس : بأن السهم اسم للنصيب، وهو عند العرب اسم للســدس، فصار مشتركًا بينهما، فجعل للمتيقن، وهو الأقل [5].

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال أيضًا : بأنه عند قيام الدليل الصحيح ، فإنه يجب العمل بمقتضاه وقد قام الدليل الصحيح كما قلنا على أن السهم يطلق على السدس ، فوجب أن يعطاه الموصى له ، سواء قل عنه نصيب الوارث أو زاد .

---

[1] الهداية ٤/١٧٣٠، البدائع ٧/٥٢٥، تبين الحقائق ٦/١٨٩، حاشية ابن عابدين ١٠/٣٠٣، الحاوي الكبير ٨/٢٠٥، ٢٠٦ البيان ٨/٢٣٧، المغني والشرح الكبير ٦/٥٣٥، ٤٧٨، التاج المذهب ٤/٣٧٥.

[2] شرح قانون الوصية للإمام أبي زهرة ص١٣٥.

[3] المنتقى للباجي ٦/٧٤ .

[4] المغني ٦/٤٧٦.

[5] المغني ٦/ ٤٧٦ - ٤٧٧، الكافي لابن قدامة ٢/٤٩٦، شرح منتهى الإرادات ٢/٥٦٧، التاج المذهب ٤/٤٧٥.

ادلة المذهب الرابع :

استدل الإمام أبو حنيفة على رواية الجامع التى قال فيها : يعطى أخس سهام الورثة ما لم يكن أقل من السدس فيعطى السدس ، بما سبق من أدلة المذهب الأول .

واستدل على رواية الأصل التى قال فيها : يعطى أخس سهام الورثة إلا أن يكون أكثر من السدس ، فلا يزداد عليه ، بانه يحتمل أن الموصى أراد به السدس ، ويحتمل أنه أراد به مطلق سهم من سهام الورثة ، فلا يزداد على أقل سهامهم بالشك والاحتمال [١].

واستدل الصاحبان والزيدية على أنه يعطى أخس سهام الورثة ما لم يزد على الثلث فيعطى الثلث ، بالمعقول : وهو أن السهم اسم لنصيب مطلق ، ليس له حد مقدر ، بل يقع على القليل والكثير ، كاسم الجزء ، إلا انه لا يسمى سهماً إلا بعد القسمة ، فيقدر بواحد من أنصباء الورثة ، والأقل متيقن ، فيقدر به ، إلا إذا كان يزيد ذلك على الثلث ، فيرد إلى الثلث ، لأن الوصية لا جواز لها بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثة [٢].

ويناقش هذا بما نوقش به استدلال المذهبين الثانى والثالث .

دليل المذهب الخامس

استدل الإمام أبو ثور على ما ذهب إليه من أن الموصي له يستحق سهمًا من أربعة وعشرين سهمًا : بأن الأربعة والعشرين أكثر الفرائض، فالسهم منها أقل السهام.[٣]

ويناقش هذا بما نوقش به استدلال أصحاب المذهب الثاني والثالث والصاحبين والزيدية.

هذا ولم أقف لعطاء وعكرمة - **رحمهما الله** - فيما ذهبا إليه من القول بعدم استحقاق الموصي له شيئًا في هذه الحالة على أدلة تذكر.

---

(١) البدائع ٥٢٦/٧ ، تبين الحقائق ١٨٩/٦ .

(٢) البدائع ٥٢٦/٧، الهداية ١٧٣٠/٤ ، تبين الحقائق ١٨٩/٦ ، التاج المذهب ٣٧٥/٤، السيل الجرار ٤٨٢/٤ ، البحر الزخار ١٢٨/٦ .

(٣) المغني ٤٧٦/٦.

المذهب المختار:

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء في هذه المسألة وأدلتهم، وما ورد عليها من مناقشات وأجوبة، أراني أميل إلى ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، من القول بأن ما يستحقه الموصي له في هذه الحالة هو سدس التركة؛ وذلك لقوة أدلتهم وصحتها، وسلامتها من المعارضة الراجحة، والمناقشة المفندة.

ولأن فيها نصًا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإجماعًا عن صحابته الكرام، والنص وإن لم يكن صحيحًا إلا أن يستأنس به، خاصة وأنه عُضد بعرف اللغة، وبعمل الصحابة رضوان الله عليهم، ولا يخفى أن الإجماع حجة شرعية.

ولأن القول بغير ذلك إما أن يحمل استخفافًا بالمصطلحات الفقهية ذات المدلول الشرعي واللغوي؛ وذلك كما لو حدد الورثة السهم بما هو تافه حقير، ففي قبوله تحقير واستخفاف بالمصطلح الفقهي، الذي ثبت أن معناه في اللغة السدس، وفي الشرع كذلك بإجماع الصحابة الكرام رضى الله عنهم. وإما أن يحمل إجحافًا بالورثة وجورًا عليهم، وذلك فيما لو كانت التركة قليلة، وقلنا إن معناه أقل سهم من سهام الورثة في حدود الثلث، والمعروف أن النفس البشرية مجبولة على الشح والأثرة قال تعالى: ﴿ **ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون** ﴾ [1]، وربما لا تسمح ولا تطيب نفوس الورثة بإخراج هذا القدر الكبير من هذه التركة القليلة لإنسان غير وارث، مما يؤدي إلى إيغار صدورهم وانبعاث حنقهم تجاه هذا الإنسان، وربما ظهر أثر ذلك في التعامل بينهم وبينه، فتحل العداوة محل المودة والألفة، ويضيع المعنى الذي لأجله وغيره شرعت الوصية.

روى عن علي كرم الله وجهه أنه قال: "لأن أوصي بالخمس، أحب إليّ من أن أوصي بالربع، وأن أوصي بالربع، أحب إليّ من أن أوصي بالثلث. ومن أوصى بالثلث فلم يترك شيئًا"[2]. وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال: "الذي يوصي بالخمس، أفضل من الذي يوصي بالربع، والذي يوصي بالربع، أفضل من الذي يوصي بالثلث"[3].

---

(١) سورة الحشر، من الآية (٩)، التغابن، من الآية (١٦).

(٢) رواه البيهقي في سننه، كتاب الوصايا، باب من استحب النقصان عن الثلث إذا لم يترك ورثة أغنياء ٦/٢٧٠، وعبدالرزاق في مصنفه كتاب الوصايا، باب كم يوصي الرجل من ماله ٩/٦٦ (١٦٣٦١).

(٣) رواه البيهقي في سننه، كتاب الوصايا، باب من استحب النقصان عن الثلث إذا لم يترك ورثة أغنياء ٦/٢٧٠.

وعن قتادة[١] رضى الله عنه أنه قال : "الخمس معروف، والربع جهد، والثلث يجيزه القضاء"[٢]. وعنه أيضًا رضي الله عنه أنه قال : "الخمس أحب إليهم من الربع، والربع أحب إليهم من الثلث"[٣]. **والله تعالى أعلم**.

هذا كله إذا كان للموصي ورثة . أما إذا لم يترك ورثة ، فإن الموصي له يستحق نصف التركة؛ لأن بيت المال بمنزلة ابن، فصار كأن له ابنين، ولا مانع من الزيادة على الثلث، فصح"[٤].

ويلاحظ أن الموصي له بسهم شائع في التركة، لا يستحق هذا السهم إلا بعد سداد ديون التركة، فيكون مسئولاً عن هذه الديون، بنسبة سهمه الشائع[٥].

المظهر الثالث : الوصية بمثل نصيب وارث :

إذا أوصى أحد بمثل نصيب أحد ورثته لآخر أو لجهة، فإما أن يعين هذا الوارث، كأن يقول : أوصيت لفلان أو للجمعية الشرعية مثلاً بمثل نصيب ولدي فلان. وإما أن لا يعينه، كأن يقول : أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ورثتي. ولكل حالة حكمها.

الحالة الأولى : إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته وعيّنه :

في هذه الحالة اختلف الفقهاء في كيفية استخراج مقدار الوصية من التركة بعد وفاة الموصي إلى مذهبين :

المذهب الأول : يرى أصحابه أن الموصي له يستحق مثل نصيب الوارث المعين، مزادًا على أصل الفريضة. إلى هذا ذهب جمهور الفقهاء : الحنفية والشافعية والحنابلة في المذهب.[٦]

---

[١] هو قتادة بن دعامة بن قتادة السدوسي، أبو الخطاب البصري الأكمه، أحد أعلام التابعين. روى عن أنس، وعبدالله بن سرجس، وأبي الطفيل وغيرهم. وروى عنه أبو حنيفة، وأيوب، وشعبة، ومسعر، والأوزاعي، وغيرهم. قال سعيد بن المسيب : "ما أتاني عراقي أحفظ من قتادة". وقال أحمد : "كان قتادة أحفظ أهل البصرة، لم يسمع شيئًا إلا حفظه، وقرئ عليه صحيفة جابر مرة واحدة فحفظها، وكان من العلماء". ولد سنة ستين، ومات سنة ١١٧هـ وقيل : سنة ١١٨هـ. وقيل سنة ١٥٥هـ. (شذرات الذهب ١٥٣/١، طبقات ابن سعد ١/٧، طبقات الشيرازي ص٩٤، تهذيب الأسماء واللغات ٢/ ٥٧، طبقات القراء لابن الجزري ٢٥/٢، طبقات الحفاظ للسيوطي ص٤٧ (١٠٤)).

[٢] رواه البيهقي في سننه كتاب الوصايا، باب من استحب النقصان عن الثلث إذا لم يترك ورثة أغنياء ٢٧٠/٦.

[٣] رواه عبدالرزاق في مصنفه كتاب الوصايا، باب كم يوصي الرجل من ماله ٦٧/٩ (١٦٣٦٥).

[٤] الاختيار لتعليل المختار ٧٤/٥، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٣٠٣/١٠، التاج المذهب ٣٧٥/٤، التركة والحقوق المتعلقة بها للشيخ أحمد إبراهيم ص٨٧٧.

[٥] د. السنهوري – الوسيط ٢١٤/٩ هامش (٢) ط سنة ١٩٦٨م.

[٦] الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٣٠٢/١٠، الاختيار لتعليل المختار ٧٤/٥، تبين الحقائق ١٨٨/٦، ١٨٩، البدائع ٧/ ٥٢٨، المهذب ٧٣٢/٣، الحاوي الكبير ١٩٧/٨، البيان ٢٣٧/٨، روضة الطالبين ٢٠٨/٦، العزيز ١٣٩/٧، ١٤٠، المغني ٤٧٩/٦، الإنصاف ٢٦٠/٧، الروض المربع ص٣١٤ .

فلو أوصى – مثلاً – بمثل نصيب ابنه لأخيه الشقيق، ثم مات عن ابن وبنتين، فالتركة في الأصل – عند عدم الوصية – تقسم للذكر مثل حظ الأنثيين؛ للابن النصف، ولكل بنت الربع، فتكون السهام أربعة، للابن سهمان، ولكل بنت سهم. أما مع هذه الوصية، فإنه يزاد على السهام الأربعة سهمان للموصي له، فيكون المجموع ستة أسهم؛ للموصي له سهمان، وللابن سهمان، ولكل بنت سهم. فلو افترضنا أن التركة كانت (١٢) اثنا عشر فدانًا، يكون للموصي له أربعة أفدنة، وللابن أربعة أفدنة، ولكل بنت فدانان[1].

المذهب الثاني : يرى أصحابه أن الموصي له يستحق مثل نصيب الوارث من أصل التركة غير مزيد، ويقسم الباقي بين الورثة. وإلى هذا ذهب المالكية، وبعض الحنابلة، ورواه ابن قدامة عن ابن أبي ليلى[2]، وزفر وداود.[3]

فلو أوصى – مثلاً – بمثل نصيب ابنه، وله ابن واحد، فقد أوصى له بجميع المال، ولو كان له ابنان، فقد أوصى له بالنصف على هذا الحساب، ولو كانوا ثلاثة بنين، فقد أوصى له بالثلث، وإن كانوا أربعة فله الربع، وهكذا[4].

---

[1] شرح قانون الوصية للإمام أبي زهرة ص١٣٧ ف١٠٠، الوصية الواجبة في الإسلام للشيخ هشام قبلان ص١١٥ – منشورات بحر المتوسط، عويدات – بيروت – ١٩٨١م، التركة والحقوق المتعلقة بها للشيخ أحمد إبراهيم ص٦١٢، ٦١٣.

[2] هو محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلى بن يسار. وقيل : داود بن بلال الأنصاري الكوفي، قاض، فقيه، من أصحاب الرازي. ولي القضاء والحكم بالكوفة لبني أمية، ثم لبني العباس، واستمر ثلاثة وثلاثين سنة. له أخبار مع الإمام أبي حنيفة وغيره. روى عن أخيه عيسى، وابن أخيه عبدالله بن عيسى. وروى عنه ابنه عمران، وابن جريج، وشعبة والثوري وغيرهم، وتوفي بالكوفة سنة ١٤٨هـ – وقيل : سنة ١٤٩هـ. (الطبقات الكبرى لابن سعد ٣٥٨/٦ ط عالم الكتب – بيروت –، تهذيب التهذيب ٣٠١/٩، وفيات الأعيان ١٧٩/٤، الأعلام ١٨٩/٦).

[3] هو داود بن علي بن خلف الأصبهاني ثم البغدادي، إمام أهل الظاهر. ولد سنة ٢٠٢هـ وأخذ العلم عن إسحاق بن راهوية، وأبي ثور وغيرهما، وكان زاهدًا متقللاً من الدنيا. قال ثعلب : كان عقل داود أكثر من علمه. قيل : كان يحضر مجلسه أربعمائة صاحب طيلسان أخضر. وكان من المحبين للشافعي – رحمه الله – وصنف كتابين في فضائله. وانتهت إليه رياسة العلم في بغداد. وكان من العلماء الذين يتقللون من الاعتماد على الإجماع والقياس في استنباط الأحـــكام. وتوفي ببغداد في ذى القعدة. وقيل : في رمضان سنة ٢٧٠هـ ودفن بالشونيزية. (تهذيب الأسماء واللغات للنووي ١٨٢/١ وفيات الأعيان ٢٥٥/١ ، الفهرست لابن النديم ص ٣٦٢) .

[4] مختصر خليل ومواهب الجليل والتاج والإكليل ٥٤٨/٨، ٥٤٩، أسهل المدارك ٢٧٦/٣، القوانين الفقهية ص٣٩٩، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٤٧/٤، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبدالبر ص٥٤٦، الذخيرة للقرافي ٦٧/٧، المنتقى للباجي ١٧٣/٦، الحاوي ١٩٧/٨، المغني ٤٧٩/٦، الإنصاف ٢٦٠/٧.

الأدلة والمناقشات :

دليل المذهب الأول : استدل أصحاب المذهب الأول، بأن الموصي في هذه الحالة، قد قصد أن يجعل الموصي له مثل ابنه، لا أن يزيد نصيبه على نصيب ابنه، أي أنه جعل وارثه أصلاً وقاعدة حمل عليه نصيب الموصي له، وجعله مثلاً له، وهذا يقتضي أن لا يزاد أحدهما على صاحبه، فوجب أن يجعل الموصي له كأحد الورثة؛ لأنه لو أعطي من أصل المال، فما أعطي مثل نصيب الابن، ولا حصلت له التسوية التي تقتضيها عبارة الموصي[1].

دليل المذهب الثاني : استدل أصحاب المذهب الثاني بالمعقول من وجهين :

أحدهما : أن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال، فوجب أن يعطي الموصي له مقدار الوصية من أصل المال كذلك، حتى تتحقق المثلية المنطوق بها في صيغة الوصية[2].

والثاني : أنه لما كان لو أوصى له بمثل ما كان نصيب ابنه، كان وصية بجميع المال إجماعًا، وجب لو أوصى له بمثل نصيب ابنه أن يكون وصية بجميع المال حجاجًا.[3]

بيد أن هذا استدلال ضعيف نوقش بما يلي :

نوقش الوجه الأول منه بأنه لا يصلح للاستدلال به؛ لثلاثة وجوه :

أحدها : أن نصيب الابن أصل، والوصية بمثله فرع، فلم يجز أن يكون الفرع رافعًا لحكم الأصل[4].

والثاني : أنا لو جعلنا الوصية بجميع المال، لخرج أن لا يكون للابن نصيب، وإذا لم يكن للابن نصيب، بطلت الوصية التي هي بمثله[5].

والثالث : أن في العمل بهذا الرأى إبطالاً أو مناقضة لمقصود الموصي من وصيته؛ ذلك أنه قصد التسوية بين الوارث والموصي له؛ حيث قد أوصى بمثل نصيب

---

[1] تبيين الحقائق للزيلعي ١٨٩/٦، الاختيار لتعليل المختار ٧٤/٥، المغني والشرح الكبير ٤٧٩/٦، ٤٨٠، ٥٧٠.
[2] المنتقى للباجي ١٧٣/٦، الحاوي الكبير ١٩٧/٨، المغني والشرح الكبير ٤٧٩/٦، ٥٧٠.
[3] الحاوي الكبير ١٩٧/٨.
[4] الحاوي الكبير ١٩٧/٨.
[5] الحاوي الكبير ١٩٧/٨.

الابن، فوجبت التسوية بين الموصي له وبين ابنه، وإذا وجب ذلك، كانا نصفين، وفي إعطائه الكل إبطال للتسوية بين الموصي له والابن[١].

أما استدلالهم بالوجه الثاني فنوقش : بأن هناك فرقًا بين ما إذا قال : أوصيت لك بمثل ما كان نصيب ابني، وبين الوصية بمثل نصيب ابنه الموجود؛ ذلك أنه في الحالة الأولى، لم يجعل مع الوصية نصيبًا؛ فلذلك كانت بالكل، أما في الحالة الثانية، فقد جعل له مع الوصية نصيبًا؛ فلذلك كانت وصيته بالنصف[٢].

الترجـــــيح :

مما سبق يتبين لنا أن الراجح من هذين المذهبين هو الأول القائل بأن الموصي له يستحق في هذه الحالة، مثل نصيب الوارث مزادًا على أصل الفريضة، فهذا المذهب هو الأقوى دليلاً، والأقوم قيلاً، وهو الذي تتحقق معه العدالة، وتقتضيه المودة والمحبة والتلاحم بين أفراد المجتمع المسلم؛ إذ كيف يسوغ لعاقل أن يقصد بوصيته حرمان ولده حرمانًا تامًا من تركته - على فرض عدم وجود غيره - وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص[٣] رضى الله عنه حين أراد أن يوصي بماله :

" يكفيك الثلث، والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس"[٤].

والله تعالى أعلم.

---

(١) الحاوي ١٩٧/٨، المغني ٤٧٩/٦، الشرح الكبير معه ٥٧٠/٦، ٥٧١.

(٢) الحاوي ١٩٧/٨.

(٣) هو سعد بن مالك - أبي وقاص - بن أهيب ويقال وهيب بن عبد مناف بن زهرة، أبو إسحاق الزهري، أسلم وهو ابن سبع سنين، وهو أول من رمى بسهم في سبيل الله، وأحد العشرة المبشرين بالجنة، روى عنه بنوه عامر ومحمد ومصعب وغيرهم. وكان مجاب الدعوة، له مناقب جمة، وجهاد عظيم، وفتوحات كبار، ووقع في نفوس المؤمنين. اعتزل الفتنة ولم يقاتل مع على ومعاوية رضى الله عنهما. ومات سنة ٥١. وقيل سنة ٥٥. وقيل : سنة ٥٨هـــ. وهو آخر العشرة وفاة. (أسد الغابة ٢١٤/٢ (٣١٣٧)، الإصابة ٨٣/٣ (٣١٨٧)، تجريد أسماء الصحابة للذهبي ٢١٨/١ (٢٢٧٢)، طبقات القراء لابن الجزري ٣٠٤/١ (١٣٣٢)، طبقات الحفاظ للسيوطي ص٥، تذكرة الحفاظ ٢٢/١).

(٤) جزء من حديث رواه الإمام مالك والشيخان عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه رضى الله عنهما (الموطأ للإمام مالك ٧٦٣/٢ (٤)، صحيح البخاري مع الفتح ١٩٦/٣ (١٢٩٥)، صحيح مسلم بشرح النووي ٧٦/١١، ٧٧ (٥/ ١٦٢٨).

الحالة الثانية : إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته ولم يعينه :

وفي هذه الحالة، ذهب أصحاب المذهب الأول في الحالة الأولى : إلى التفريق بين ما إذا كان الورثة متساوين في الميراث، كما لو كانوا أبناء ذكورًا، وما إذا كانوا متفاضلين فيه، كما لو كانوا ذكورًا وإناثًا.

ففي الفرض الأول : يعطي الموصي له مثل نصيب أحدهم، مزادًا على أصل الفريضة، ويجعل كواحد منهم زاد فيهم.

وفي الفرض الثاني : يعطي مثل نصيب أقلهم ميراثًا، مزادًا على أصل الفريض أيضًا[1].

فمثلاً لو أوصى لرجل أو لجهة بمثل نصيب أحد ورثته دون تعيين، وكان لـ ثلاثة أبناء، فإن أصل هذه المسألة ثلاثة أسهم، لكل ابن سهم، ويزاد عليها سهم للموصي له، فتصير أربعة أسهم، للموصي له سهم، ولكل واحد من الأبناء سهم.

أما لو أوصى بهذه الوصية، وكان له ابن وأربع زوجات مثلاً، فيكون أصل المسألة اثنين وثلاثين سهمًا، للزوجات الثمن وهو أربعة أسهم، وللابن الباقي، ويزاد عليها سهم للموصي له، فيصير أصلها ثلاثة وثلاثين سهمًا، للموصي له سهم، وللزوجات أربعة أسهم، وللابن الباقي[2].

وقد استدل هؤلاء على الفرض الأول ؛ بنفس الدليل السابق في الحالة الأولى[3].

واستدلوا على الفرض الثاني ؛ بأن الموصي له إنما أعطى مثل أقلهم نصيبًا؛ لأنه المتيقن، وما زاد فمشكوك فيه، فلا يثبت مع الشك ، لأن الملك لا يثبت إلا بيقين[4].

أما أصحاب المذهب الثاني في الحالة الأولى. فقد ذهبوا إلى أن الورثة إن كانوا متساوين، أعطى الموصي له مثل نصيب أحدهم من أصل الفريضة، غير مزيد عليه،

---

(1) تبين الحقائق ٦/١٨٨، البدائع ٧/٥٢٨، الحاوي ٨/١٩٩، ٢٠٠، ٢٠٢، المهذب ٣/٧٣٢، المغني ٦/٤٧٩، الشرح الكبير معه ٦/٥٧٠، الإنصاف ٧/٢٦٠، المحرر في الفقه ١/٣٩٠.

(2) متن المقنع للخرقي مع المغني ٦/٤٧٩. وبيان كون أصل هذه المسألة اثنين وثلاثين سهمًا، أنه كان في الأصل ثمانية، وهو مخرج فرض الزوجات (الثمن) : استحق منه الزوجات سهمًا، لكنه لا يقبل القسمة على الأربع زوجات، لينتج عنه رقم صحيح، فصححنا المسألة بضرب أصلهما (٨) في أقل عدد يقبل القسمة على الزوجات (٤) فنتج عنه اثنان وثلاثون. وصحت المسألة.

(3) راجع صـــ ٢٣٦.

(4) المغني ٦/٤٨٠، الروض المربع ص٣١٤، الحاوي ٨/١٩٩، ٢٠٢، البيان ٨/٢٣٨.

ويقسم الباقي بين الورثة. وإن كانوا متفاضلين، فقد قال المالكية في المعتمد : ينظر إلى عدد رؤوسهم، الذكر والأنثى فيه سواء، أي بغض النظر عن الذكورة والأنوثة، ثم يؤخذ نصيب واحد منهم فيعطي للموصي له، ثم يقسم ما بقى بين الورثة[1].

واستدلوا على ما ذكروه في فرض التساوي : بنفس الدليل السابق في الحالة الأولى، وهو أن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال، فوجب أن يعطي الموصي له مقدار الوصية من أصل المال كذلك، حتى تتحقق المثلية المنطوق بها في صيغة الوصية.

واستدلوا على ما ذكروه في حالة التفاضل ؛ بأن الأنصباء إذا اختلفت مقاديرها، لم يكن الأكثر أولى من الأقل، فلم يبق إلا الاعتبار بعدد رؤوسهم[2].

إلا أن الاستدلال الأول مردود بما سبق.

والاستدلال الثاني مردود كذلك ؛ بأنه يخالف ما يقتضيه لفظ الموصي، فإن هذا ليس بنصيب لأحد ورثته، ولفظه إنما اقتضى نصيب أحدهم، وتفاضلهم لا يمنع كون نصيب الأقل، نصيب أحدهم : فيصرفه إلى الموصي له؛ لقول الموصي، وعملاً بمقتضى وصيته، وذلك أولى من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصي أصلاً.

والقول بأن العمل بقول الموصي متعذر غير صحيح، فإنه أمكن العمل به بما قاله أصحاب المذهب الأول. ثم لو تعذر العمل به، لما جاز أن يوجب في مال حقًا لم يأذن فيه[3] ولم يأمر به[4].

---

(١) هذا هو المعتمد عند المالكية، وهناك أقوال أخرى ذكرها الحطاب : أحدها : أنه يعطي مثل نصيب رجل من الورثة. والثاني : أنه يعطي مثل نصيب رجل من الورثة، زائدًا على أصل الفريضة. والثالث : أنه يعطي نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى؛ أي أنه يعطي متوسط النصيبين.

وعلى المعتمد، لو أوصى بمثل نصيب أحد ورثته، وترك ولدًا وبنتًا، فإنه يعطي النصف؛ لأنه سيأخذ مثل نصيب أحدهما، بغض النظر عن الذكورة والأنوثة، ثم يقسم النصف الباقي على الولد والبنت، للذكر ضعف الأنثى. ولو ترك ولدين وبنتين، يعطي الموصي له الربع، ولو ترك ولدين وثلاث بنات، استحق الخمس .. وهكذا. (مواهب الجليل والتاج والإكليل ٨/ ٥٤٨، ٥٤٩، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/٤٤٧، جواهر الإكليل ٢/٣٢٤، القوانين الفقهية لابن جزى ص٣٩٩، المغني ٦/٤٧٩).

(٢) المنتقى للباجي ٦/١٧٣، المغني ٦/٤٧٩.

(٣) أي الموصى

(٤) المغني ٦/٤٧٩

الترجيـــــح :

وعلى ذلك فالراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول؛ لقوة حجتهم وصحتها وسلامتها من المعارضة. ولأن ما يترتب على ما قال به أصحاب المذهب الثاني من نتائج، بعيدة كل البعد عن قصد الموصي، وعن الهدف من تشريـــــع الوصيـــــة.

والله تعالى أعلم.

هذا إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث. أما لو كانت بنصيب وارث، فإن الوصية تصح وتأخذ نفس حكم الوصية بمثل نصيب وارث، في قول المالكية، وزفر واللؤلؤي[1] من الحنفية، وبعض الشافعية، والحنابلة في المذهب، وما روى عن أهل المدينة وأهل البصرة وابن أبي ليلى وداود[2]. فتصحّح هذه الوصية بحمل لفظ الموصي على مجازه، كما لو طلّق أو أعتق بلفظ الكتابة. وذلك بتقدير حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه، فيكون التقدير أوصيت لفلان بمثل نصيب وارث[3].

وتبطل إن كان للموصي وارث - حتى وإن أجازها ذلك الوارث - في قول أبي حنيفة وصاحبيه، وأكثر الشافعية، والحنابلة في وجه، والزيدية[4]؛ لأن نصيب الوارث ثابت بالقرآن، فلا يحتمل التحويل إلى غيره بالوصية. ولا يلتفت إلى إجازة الوارث؛ لأن الوصية لم تقع في ملكه، وإنما أضافها إلى ملك غيره، فصار كمن أوصى لرجل بملك غيره ثم مات، فأجازه ذلك الغير، فإنه لا يجوز، كذا ها هنا[5].

---

(1) هو العلامة فقيه العراق، أبو على الحسن اللؤلؤي الأنصاري، صاحب أبي حنيفة، نزل بغداد، وصنف، وتصدر للفتوى. أخذ عنه محمد بن شجاع الثلجي، ومحمد بن سماعة، وشعيب بن أيوب الصريفيني وغيرهم. وكان أحد الأذكياء البارعين في الرأى. ولى القضاء بعد حفص بن غياث، ثم عزل نفسه. قال فيه أحمد بن عبدالحميد الحارثي : "ما رأيت أحسن خلقًا من الحسن اللؤلؤي، وكان يكسو مماليكه مما يكسو نفسه" ومن مصنفاته : كتاب" المجرد" لأبي حنيفة روايته، و"أدب القاضي" و"الخصال" و"معاني الإيمان" و"النفقات" و"الخراج" و"الفرائض" و"الوصايا" وغيرها. وتوفي رحمه الله - سنة ٢٠٤هـ - (سير أعلام النبلاء للذهبي ٥٤٣/٩، أخبار القضاة لوكيع ١٨٨/٣، الفهرست لابن النديم ص٣٤٦).

(2) تبيين الحقائق ١٨٨/٦، الهداية ١٧٣٠/٤، العناية ونتائج الأفكار ٤٤٢/١٠، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/ ٤٤٧، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٥٤٨/٨، ٥٤٩، جواهر الإكليل ٣٢٤/٢، الحاوي ١٩٧/٨، المغني ٤٨٠/٦، الشرح الكبير معه ٥٧١/٦، الإنصاف ٢٦٠/٧، المحرر ٣٩٠/١.

(3) تبيين الحقائق ١٨٨/٦، الحاوي ١٩٧/٨، المغني والشرح الكبير ٤٨٠/٦، ٥٧١.

(4) تنوير الأبصار والدر المختار ٣٠٢/١٠، الهداية ١٧٢٩/٤، ١٧٣٠، البدائع ٥٢٨/٧، تبيين الحقائق ١٨٨/٦، المهذب ٧٣٢/٣، الحاوي ١٩٧/٨، المغني ٤٨٠/٦، الإنصاف ٢٦٠/٧، المحرر ٣٩٠/١، البحر الزخار ٣٢٨/٥.

(5) حاشية ابن عابدين ٣٠٢/١٠، البدائع ٥٢٨/٧، الهداية والعناية ٤٤٢/١٠، تبيين الحقائق ١٨٨/٦، الحاوي ١٩٧/٨، المغني والشرح الكبير ٤٨٠/٦، ٥٧١.

والأولى - كما يرى البعض - أن يُنظر، فإن أمكن حمل كلام الموصي على إرادة المماثلة فلا إشكال في صحة الوصية، وأخذها نفس حكم المسألة قبلها، وإلا تكون باطلة[١]. والله تعالى أعلم.

المظهر الرابع : الوصية بمثل نصيب وارث غير موجود :

إذا أوصى بمثل نصيب وارث لو كان، فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة، إلى أن هذا الوارث يقدَّر موجودًا، وينظر ما كان يستحقه من سهام التركة، ويزاد مثله على أصل الفريضة، ويعطي للموصي له. فإذا خلف اثنين وأوصى بمثل نصيب ثالث لو كان، فللموصي له الربع، ولو خلف ثلاثة بنين، وأوصى بمثل نصيب رابع لو كان، فللموصي له الخمس، ولو كانوا أربعة بنين، وأوصى بمثل نصيب خامس لو كان، فللموصي له السدس، وهكذا[٢].

بينما ذهب المالكية في مقتضى كلامهم، إلى أن الموصي له في هذه الحالة، يستحق ما كان يستحق الوارث لو كان موجودًا؛ أى أنه يقدر للوارث نصيب بفرض وجوده، ويعطاه الموصي له. فقد سبق أن ذكرنا أنهم ذهبوا إلى أن من أوصى بنصيب وارث، استحق الموصي له قدر سهام هذا الوارث من غير أن يضاف إلى أصل المسألة؛

فلو قال : أوصيت بمثل نصيب ابني، وكان له ابن واحد، استحق التركة كلها، ولو كان له ولدان، استحق نصفها، ولو كانوا ثلاثة، استحق ثلثها، ولو كانوا أربعة، استحق ربعها، وهكذا[٣].

وهذا بلا شك يقتضي أن من قال : أوصيت بمثل نصيب ابن لو كان، استحق ما كان يستحقه الابن، لو كان موجودًا[٤].

فلو كان له أخ وبنت، وأوصى لرجل بمثل نصيب ابن لو كان، فإن الموصي له في هذه الحالة، يستحق سهمين من أصل الفريضة؛ لأن الابن لو كان موجودًا، لأخذهما، وعليه فللموصي له الثلثان، وللبنت الثلث إن أجازت هي وأخو الموصي الوصية. وإلا

---

[١] الوصية وأحكامها في الفقه الإسلامي للشيخ محمد جعفر شمس الدين ص٢١٤ ط دار التعارف - بيروت.

[٢] الفتاوي الهندية ٩٩/٦، ١٠٠، حاشية ابن عابدين ٣٠٢/١٠، البدائع ٥٢٩/٧، الحاوي ٢٠٠/٨، العزيز للرافعي ١٤١/٧، المغني والشرح الكبير ٤٨٣/٦، ٥٧٦، المحرر ٣٩٠/١، الإنصاف ٢٦١/٧، ٢٦٢.

[٣] انظر صـ ٢٣٥.

[٤] الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٤٦/٤، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٥٤٨/٨، ٥٤٩، جواهر الإكليل ٣٢٤/٢ القوانين الفقهية ص٣٩٩.

فإن الموصي له، يأخذ الثلث، والثلثان يقسمان بين البنت والأخ، للبنت نصفهما - الثلث - فرضًا، وللأخ الباقي - الثلث - تعصيبًا.

وإذا كنا قد رجحنا ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول في المسألتين السابقتين، فإن ذلك يقتضي منا ترجيح رأيهم أيضًا في هذه المسألة؛ لعدم الفارق بين هذه المسائل وبعضها .. . والله تعالى أعلم.

المظهر الخامس: الوصية بمثل نصيب أحد الورثة مع سهم معلوم شائع أو مع نقود أو أعيان معلومة من التركة :

نبين أولاً الحكم في الوصية بمثل نصيب أحد ورثته مع سهم معلوم شائع من التركة، ثم نتبع ذلك ببيان الحكم في الوصية بمثل نصيب أحد ورثته مع نقود أو أعيان معلومة من التركة.

أولاً : الحكم في الوصية بمثل نصيب أحد ورثته مع سهم معلوم شائع من التركة :

إذا أوصى لرجل بجزء مقدر من التركة، كربع أو ثلث، ولآخر بمثل نصيب وارث من ورثته، فللحنابلة في ذلك وجهان :

أحدهما : يعطي الجزء المقدر لصاحبه، ويقسم الباقي بين الورثة والموصي له كأنه ذلك الوارث، إن أجاز الورثة الوصية بأكثر من الثلث، أما إن ردوها، فيقسم الثلث بين الوصيين على حسب ما كان لهما في حال الإجازة، والثلثان بين الورثة[1].

ومعنى ذلك أن توزع المسألة بالسهام بين الورثة أولاً؛ ليعلم مقدار سهام كل وارث. ثم يضاف إلى أصل المسألة عدد سهام الوارث الموصَى بمثل نصيبه للرجل الثاني، ثم يضم عدد سهام هذا الوارث إلى الجزء المقدر الموصي به للأول. ثم ينظر :

فإن كان مجموع الوصيتين في حدود ثلث التركة، أو تجاوزه وأجازها الورثة، فإنه يعطي الجزء المقدر لصاحبه، ثم يقسم الباقي بين الورثة والموصي له الثاني كأنه ذلك الوارث.

أما إن كان مجموع الوصيتين قد تجاوز الثلث ولم يجزها الورثة، فإنه يقسم الثلث بين الوصيين قسمة محاصة، كل بنسبة سهامه، ثم يقسم الثلثان بين الورثة[2].

---

[1] المغني ٦/٤٨٥، الشرح الكبير معه ٦/٥٩٣، الإنصاف ٧/٢٦٦، ٢٦٧، المحرر ١/٣٩٠.

[2] شرح قانون الوصية للإمام أبي زهرة ص١٣٨ ف١٠٢، الوسيط د. السنهوري ٩/٢١٥ هامش (١)، شرح قانون الأحوال الشخصية د. مصطفى السباعي ٢/١٠٦، ط٦ - المكتب الإسلامي - بيروت ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

وهذا الوجه هو ما يقتضيه كلام الحنفية، فقد جاء في الهداية : "ومن أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة، فالثلث بينهما؛ لأنه يضيق الثلث عن حقهما؛ إذ لا يزاد عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم، وقد تساويا في سبب الاستحقاق، فيستويان في الاستحقاق، والمحل يقبل الشركة، فيكون بينهما، وإن أوصى لأحدهما بالثلث، وللآخر بالسدس، فالثلث بينهما فيقتسمانه على قدر حقيهما، كما في أصحاب الديون، فيجعل الأقل سهمًا والأكثر سهمين، فصار ثلاثة أسهم، سهم لصاحب الأقل، وسهمان لصاحب الأكثر"[1].

وهو أيضًا ما يقتضيه كلام الشافعية؛ ففي الحاوي : "ولو ترك ثلاثة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم، ولآخر بربع ماله، وأجاز الورثة ذلك، فخذ مالاً له ربع وهو أربعة، فاعزل ربعه وهو واحد، ثم اقسم الثلاثة الباقية على أربعة، تكن حصة كل واحد ثلاثة أرباع، فابسطها من جنس الكسر أرباعًا، تكن ستة عشر، للموصي له بالربع أربعة، تبقى اثنا عشر على أربعة، لكل ابن ثلاثة، وللموصي له ثلاثة، ثم على هذا القياس"[2].

والوجه الثاني : أن يعطي صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كأن لا وصية سواها، وهذا قول يحيى بن آدم[3]، وهو المذهب عند الحنابلة[4].

وبيان ذلك : أن تحل المسألة على فرض أن هناك وصية بمثل نصيب أحد الورثة ولا وصية سوى ذي، حتى إذا علم مقدار الموصي به، نظرنا إلى الوصيتين ووازنا بين مقدارهما والثلث، ثم نظر إلى الإجازة إن تجاوزه، فإن أجازهما الورثة، نفذتا، وإلا فلا ينفذا إلا في حدود الثلث[5].

---

[1] الهداية ١٧٢٩/٤، ونحو هذا في تنوير الأبصار والدر المختار ٢٩٩/١٠.

[2] الحاوي الكبير ١٩٨/٨.

[3] هو يحيى ابن آدم، أبو سليمان، العلامة الحافظ المجود، أبو زكريا الأموي، مولاهم الكوفي، المولود بعد سنة ١٣٠هـ، والمتوفى سنة ٢٠٣هـ روى عن عيسى بن طهمان، ومالك بن مغول، وحماد بن سلمة وغيرهم. وروى عنه أحمد، وإسحاق، وابن أبي شيبة وغيرهم. وثقه يحيى بن معين والنسائي. وقال أبو حاتم : "ثقة كان يتفقه" ومن مؤلفاته "الخراج" و"الفرائض" و"الزوال" وغيرها. (الفهرست لابن النديم ص٣٧٥، تذكرة الحفاظ ٣٥٩/١، طبقات ابن سعد ٤٠٢/٦، تهذيب الأسماء واللغات ١٥٠/٢، سير أعلام النبلاء ٥٢٢/٩ (٢٠٤)، الأعلام ١٣٣/٨).

[4] المغني ٤٨٥/٦، الإنصاف ٢٦٧/٧، المحرر ٣٩٠/١.

[5] شرح قانون الوصية للإمام أبي زهرة ص١٤٠ ف١٠٢، التركة والحقوق المتعلقة بها للشيخ أحمد إبراهيم بك ص٩١٤، ٩١٥.

وبالنظر في هذين الوجهين أو الرأيين نرى أن غاية الفرق بينهما كما قال الإمام أبو زهرة[١] : "أنه على الوجه الثاني يكون ما يخرج للموصي له مثل نصيب أحد الورثة، ينفذ من التركة كلها، ويكون في مرتبة الموصي له بجزء شائع منها في التقدير؛ إذ كلاهما سيزدادان على الفريضة الشرعية المقدرة للورثة. أما على الوجه الأول، فيفرق بينهما، فجعل نصيب الموصي له بجزء شائع مقدرًا مقدمًا في القسمة، ثم تجعل الموصي له الثاني في التقدير مع الورثة تمامًا، فيدخل في الباقي بعد إخراج نصيب الموصي له بجزء مقدر"[٢].

ولنضرب مثالاً يوضح الحل في هذين الوجهين :

إذا أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بمثل نصيب ابن، وكان له ابنان، ثم مات عنهما، ففي هذه الحالة مجموع الوصيتين يتجاوز الثلث، كما هو واضح.

فعلى الوجه الأول : لو افترضنا أن الورثة أجازوا هاتين الوصيتين، أعطي صاحب الثلث ثلثه، والباقي وهو الثلثان، يقسم بين الولدين والموصي له الآخر كما لو كان وارثًا.

ولو افترضنا عدم إجازتهم، فإن الثلث يقسم بين الوصيين على خمسة، قسمة محاصة؛ أي بنسبة ما لكل منهما من السهام.

أما على الوجه الثاني ، فلو افترضنا إجازة الورثة، يعطي صاحب النصيب ثلث التركة، وصاحب الثلث الثلث، والباقي وهو الثلث يقسم بين الولدين.

ولو افترضنا عدم إجازتهم ، فإن الثلث يقسم بين الوصيين نصفين لكل واحد منهما السدس، والثلثان للولدين لكل واحد منهما الثلث[٣].

---

(١) هو الإمام محمد بن أحمد أبو زهرة ، المولود بالمحلة الكبرى سنة ١٣١٦ هـ - ١٨٨٩ م ، والمتوفى بالقاهرة سنة ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م ، أكبر علماء الشريعة الإسلامية في عصره ، تربى بالجامع الأحمدى ، وتعلم بمدرسة القضاء الشرعي (١٩١٦ ـ ١٩٢٥) وتولى تدريس العلوم الشرعية والعربية ثلاث سنوات ، وبدأ اتجاهه إلى البحث العلمى في كلية أصول الدين (١٩٣٣) ، وعين أستاذاً محاضراً للدراسات العليا في الجامعة سنة ١٩٣٥ ، وعضواً للمجلس الأعلى للبحوث العلمية ، وكان وكيلاً لكلية الحقوق بجامعة القاهرة ووكيلاً لمعهد الدراسات الإسلامية ، وأصدر من تأليفه أكثر من أربعين كتاباً منها : " الخطابة " و " تاريخ الجدل في الإسلام " و " تاريخ المذاهب الفقهية " و " أصول الفقه " و " الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية " و " الأحوال الشخصية " وغيرها . (الأعلام للزركلى ٦/٢٥) .

(٢) شرح قانون الوصية ص١٤٩ ف١٠٨.

(٣) المقنع لابن قدامة مع الإنصاف للمرداوي ٧/٢٦٦، ٢٦٧.

هذا لو كان الجزء المقدر الموصي به الثلث فما دون، أما لو كان أكثر من الثلث، كما لو أوصى لرجل بالنصف مع الوصية لآخر بمثل نصيب أحد الورثة، ففي المسألة وجه ثالث، وهو أن يكون لصاحب النصف في حال الإجازة ثلث الثلثين. وفي حال الرد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة عشر، لصاحب النصف تسعة، ولصاحب النصيب أربعة عشر[1].

الترجيـــــح :

بالمقارنة بين هذين الوجهين وبعضهما، نرى أن الراجح منهما هو الأول، سواء كان الجزء المقدر في حدود الثلث أو أكثر من الثلث؛ وذلك لما يلي :

١-أنه هو الذي يتفق مع غرض الموصي؛ لأن غرض الموصي هو تحقيق المساواة بين الموصي له والوارث، الذي جعل نصيبه أساس التقدير بقوله : أوصيت بمثل نصيب الوارث لفلان، والثلث لفلان مثلاً؛ فإن أي رأي آخر لا يحقق التساوي بين الموصي له والوارث الموصي بمثل نصيبه، مع جعل الوصيتين في مرتبة واحدة، من حيث إنهما ينفذان في حدود واحدة.

٢-أنه يتفق أيضًا مع أحكام الوصايا؛ فإنه يعلى سهام الوصايا دائمًا على سهام الورثة، وتعتبر قدرًا زائدًا على أصل سهام الورثة. ولئن كان الفقهاء قد قالوا : إن الموصي له بمثل سهام الورثة، يقدر نصيبه بعد تقسيم السهام على الورثة، إلا أن ذلك فقط لتقديره، أما من ناحية مرتبته، فهو معلى على أصل المسألة؛ ولذلك إذا كان في المسألة رد ، توزع السهام وترد ، ثم يقدر نصيبه بعد التوزيع بالفرض والرد ... ***والله تعالى أعلم.***

ثانيًا: الحكم في الوصية بمثل نصيب أحد الورثة مع الوصـية بنقود أو أعـيان من التركـــة:

إذا ثبت هذا بالنسبة للوصية بسهم معلوم شائع في التركة مع الوصية بمثل نصيب أحد الورثة، فإن الوضع لا يختلف كثيرًا إذا كان الموصي به مع نصيب أحد الورثة، نقودًا مقدرة أو أعيانًا محددة بدلاً من السهم الشائع؛ حيث ستتبع في توزيع التركة نفس الطريقة التي رجحناها، إلا أنها ستسبق بخطوة ضرورية لابد منها، وهي تقدير النقود أو الأعيان المعينة الموصي بها، وتبين قيمتها بالنسبة إلى التركة، وما تساويه من السهام

---

[1] المغني ٦/٤٨٦، المقنع مع الإنصاف ٧/٢٦٧.

بالنسبة لها، أهي تساوي للربع أم الثلث أم السدس ؟ ونحو ذلك، فإذا قدرت ذلك التقدير، وقدرت معها سهام الورثة، وسهام الوارث الموصي بمثل نصيبه سواء أكان معينًا أم غير معين، وعرف ما يخص كلا الموصي لهما من سهام التركة، قسمت التركة على المجموع، على النحو السالف الذكر في المسألة السابقة[1].

المظهر السادس : الوصية بضعف أو ضعفي نصيب أحد الورثة :

أولاً : الحكم لو أوصى بضعف نصيب أحد ورثته :

لو أوصى لرجل بضعف نصيب أحد ورثته، فقد اختلف الفقهاء فيما يستحقه الموصي له في هذه الحالة إلى مذهبين :

المذهب الأول : يرى أصحابه أن الموصي له يستحق مثلَيْ نصيب أحد ورثته، سواء عيّنه أو لم يعينه على التفصيل السابق. فلئن كان هذا الوارث يستحق مائة، استحق الموصي له مائتين، إلى هذا ذهب جمهور الفقهاء : الحنفية في مقتضى كلامهم[2]، وبعض المالكية، والشافعية، والحنابلة[3].

المذهب الثاني : يرى أصحابه أن الموصي له يستحق مثل نصيب أحد الورثة مرة واحدة فقط. وإليه ذهب بعض المالكية، والزيدية[4].

الأدلة والمناقشات :

أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول على أن الموصي له يستحق مثلَيْ نصيب أحد الورثة بالكتاب والأثر والمعقول :

أما الكتاب : فآيات كثيرة تدل على أن الضعف مثلا الشي منها قوله تعالى :

﴿ إذًا لأذقناك ضعف الحياة وضعف الممات ﴾[5].

---

[1] شرح قانون الوصية للإمام أبي زهرة ص١٤١ ف١٠٣، الوسيط د. السنهوري ٢١٥/٩ هامش (١)، شرح قانون الأحوال الشخصية د. مصطفى السباعي ١٠٧/٢.

[2] حيث إنهم يطلقون الضعف على المثلين، فقد جاء في حاشية رد المحتار لابن عابدين ٣٠٢/١٠ : "فلو ترك أمًا وابنًا وأوصى بمثل نصيب بنت، فالوصية من سبعة عشر سهمًا : للموصي له خمسة، وللإبن عشرة، وللأم سهمان؛ لأن أصلها من ستة؛ للإبن خمسة، فللبنت اثنان ونصف، فيزاد على أصل الفريضة، ويضعّف للكسر، فبلغت سبعة عشر، للموصي له خمسة، بقي اثنا عشر، يعطي للأم سدسها، اثنان، والباقي للإبنْ". ونحو هذا في حاشية الشلبي على الزيلعي ١٨٨/٦.

[3] الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٤٧/٤، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٥٤٩/٨، ٥٥٠، الحاوي ٢٠٤/٨، البيان ٢٤٠/٨، المغني ٤٨١/٦، الإنصاف ٢٦١/٧، الذخيرة للقرافي ٦٩/٧.

[4] الذخيرة للقرافي ٦٩/٧، جواهر الإكليل ٣٢٤/٢، التاج المذهب ٣٨٠/٤.

[5] سورة الإسراء، من الآية (٧٥).

وقوله تعالى : ﴿ **فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا وهم في الغرفات آمنون** ﴾ [(١)]

وقوله تعالى : ﴿ **وما آتيتم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربوا عند الله وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون** ﴾ [(٢)].

وأما الأثر : فما روى عن عمر بن الخطاب[(٣)] رضى الله عنه، أنه أضعف الصدقة على نصارى بني تغلب، فكان يأخذ في كل خمس من الإبل شاتين، وفي كل أربعين من الغنم شاتين، وفي كل ثلاثين بقرة تبيعين[(٤)]، وما زاد فعلى هذا الحساب[(٥)].

أى أنه كان يأخذ مكان الصدقة صدقتين. وفي هذا دليل على أن الضعف يطلق على مثلَى الشيء[(٦)].

وأما المعقول : فمن ثلاثة وجوه :

أحدها : أن اختلاف الأسماء يوجب اختلاف المسمى إلا ما خص بدليل، ولا دليل هنا يخرج ما نحن فيه من هذه القاعدة[(٧)].

---

(١) سورة سبأ، من الآية (٣٧).

(٢) سورة الروم، الآية (٣٩). – المغني ٤٨١/٦، الشرح الكبير معه ٥٧٢/٦.

(٣) هو أمير المؤمنين أبو حفص عمر بن الخطاب القرشي العدوي، صاحب الفتوحات الكثيرة والمناقب الجمة. ولد قبل الهجرة بأربعين سنة بمكة المكرمة، وأسلم قبلها بخمس سنوات، هاجر إلى المدينة قبل النبي صلى الله عليه وسلم. وشهد بدرًا والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم. وتولى الخلافة بعد وفاة أبي بكر رضي الله عنه. وتعد أيام خلافته العصر الذهبي للدولة الإسلامية، حيث فتحت في عهده الشام، والعراق، والقدس، والمدائن، ومصر. وهو أول من اتخذ بيت مال للمسلمين، وأول من وضع التاريخ الهجري. استشهد رضى الله عنه إثر طعنات غدر سددها له ذلك الملعون أبو لؤلؤة المجوسي، غلام المغيرة بن شعبة أثناء صلاة فجر يوم الأربعاء، لأربع ليال بقين من ذي الحجة سنة ثلاث وعشرين للهجرة. (الإصابة لابن حجر ٧٤/٧ – مطبعة النهضة ط١ ١٣٩٧هـ – ١٩٧٧م، أسد الغابة لابن الأثير ٦٤٢/٣ ط دار الفكر، حلية الأولياء ٣٨/١، تهذيب التهذيب ٤٣٨/٧).

(٤) تبيعان أى ولدا بقرة أكملا سنة ودخلا في الثانية. وسمى التبيع بذلك؛ لأنه يتبع أمه في المرعى. وقيل : لأن قرنه يتبع أذنه، أى يساويها.(مغني المحتاج ٥٠٧/١).

(٥) رواه أبو يوسف في الخراج ص١٢٠، ١٢١، ويحيى بن آدم في الخراج ص٦٥ وما بعدها (٢٠٠، ٢١٠، ٢١٢) – موسوعة الخراج ط دار المعرفة – بيروت – سنة ١٣٩٩هـ – ١٩٧٩م، ورواه أبو عبيد في الأموال ص٣٢، ٤٨١ (٧٠، ١٦٩٤) ط دار الفكر – القاهرة سنة ١٤٠١هـ – ١٩٨١م. والبيهقي في السنن الكبرى كتاب الجزية باب نصارى العرب تضعف عليهم الصدقة ٢١٦/٩ . وانظر : العزيز للرافعي ١٤٤/٧، المغني والشرح الكبير ٤٨١/٦، ٥٧٢.

(٦) الحاوي الكبير ٢٠٤/٨، البيان ٢٤٠/٨.

(٧) الحاوي الكبير ٢٠٤/٨.

ثانيها : أن الضعف أعم في اللغة من المثل، فلم يجز أن يسوَّى بينه وبين المثل[١].

ثالثها : أن انشقاق الضعف من المضاعفة والتثنية، من قولهم : أضعفت الثوب، إذا طويته بطاقتين، ونرجس مضاعف، إذا كان موضع كل طاقة طاقتين، ومكان كل ورقة ورقتين، فاقتضى أن يكون الضعف مثلين[٢].

دليل المذهب الثاني :

استدل أصحاب المذهب الثاني على أن الموصي له في هذه الحالة يستحق مثل نصيب أحد الورثة فقط بالكتاب، ومنه :

١. قوله تعالى : **﴿ يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين وكان ذلك على الله يسيرا ومن يقنت منكن لله ورسوله وتعمل صالحًا نؤتها أجرها مرتين وأعتدنا لها رزقا كريما ﴾** [٣].

ففي هاتين الآيتين الكريمتين، يعظ الله تعالى نساء النبي صلى الله عليه وسلم، اللاتي اخترن الله ورسوله والدار الآخرة، ويبين لهن أنهن لما كانت محلتهن رفيعة، ناسب أن يجعل الذنب لو وقع منهن مغلظًا؛ صيانة لجنابهن، وحجابهن الرفيع. وفي المقابل، من تطع الله ورسوله منهن : سيكون أجرها مضاعفًا في الجنة؛ حيث سيكنَّ في منازل رسول الله صلى الله عليه وسلم في أعلى عليين، فوق منازل جميع الخلائق في الوسيلة التي هي أقرب منازل الجنة إلى العرش[٤].

فلما عبّر الله تعالى بالضعفين عن المثلين، علم أن الضعف الواحد مثل واحد.

والدليل على أن المراد بالضعفين في الآية الأولى المثلان، أنه لا يجوز أن يعاقب الله تعالى على السيئة بأكثر مما يجازي على الحسنة، وقد قال تعالى في الآية الأخرى : **﴿ ومن يقنت منكن لله ورسوله وتعمل صالحًا نؤتها أجرها مرتين ﴾**. فعلم أن ما جعل من ضعف العذاب على السيئة مرتين، فدل على أن الضعف والمثل واحد[٥].

---

(١) الحاوي الكبير ٨/٢٠٤، الذخيرة للقرافي ٧/٦٩، ٧٠.

(٢) الحاوي الكبير ٨/٢٠٤، الذخيرة للقرافي ٧/٦٩، ٧٠.

(٣) سورة الأحزاب، الآيتان (٣٠، ٣١).

(٤) تفسير ابن كثير ٣/٤٩٨، المغني ٦/٤٨٢، وفيه : "ولا خلاف بين المفسرين فيما علمت في تفسير قوله تعالى : **﴿ يضاعف لها العذاب ضعفين ﴾** ، أن المراد به مرتين".

(٥) الحاوي الكبير ٨/٢٠٤، المغني ٦/٤٨٢، البيان ٨/٢٤٠.

٢.قوله تعالى : **﴿ومَثَل الذين ينفقون أموالهم ابتغاء مرضات الله، وتثبيتا من أنفسهم كمثل جنة بربوة أصابها وابل فآتت أُكُلَهَا ضعفين فإن لم يصبها وابل فطلٌ والله بما تعملون بصير﴾** [١].

ففي هذه الآية الكريمة يشبه الله تعالى المؤمنين المنفقين أموالهم ابتغاء مرضات الله وهم متحققون ومثبتون أن الله سيجزيهم على ذلك أوفر الجزاء، ببستان بمكان مرتفع من الأرض : أصابه مطر، فآتى ثماره ضعفين أى مثلين بالنسبة إلى غيره من البساتين[٢].

ويستفاد من ذلك أنه إذا كان الضعفان مثلين، فإن الضعف مثل واحد[٣].

وقد نوقش هذا الاستدلال : بأنه استدلال ضعيف؛ وبيان ضعفه من وجوه :

الأول : أنه قد نقل عن بعض المفسرين أنه جعل عذاب نساء النبي صلى الله عليه وسلم المتوعد به على السيئة في الآية الكريمة، ثلاثة أمثال عذاب غيرهن[٤]، فلم يكن فيه دليل[٥].

والثاني : لو سلمنا أن المراد بالضعفين في الآيتين، المثلان؛ فإن ذلك لا يمنع أن يستعمل الضعف للدلالة على المثلين أيضًا. روى هشام بن معاوية النحوى[٦] أنه قال : العرب تتكلم بالضعف مثنى فتقول : إن أعطيتني درهمًا فلك ضعفاه، أى مثلاه، وإفراده لا بأس به، إلا أن التثنية أحسن – يعني المفرد والمثنى بمعنى واحد. وقال الأزهرى[٧] : الضعف : المثل فما فوقه[٨].

---

[١] سورة البقرة، الآية (٢٦٥).

[٢] تفسير ابن كثير ٣١٨/١، ٣١٩، المنتخب في تفسير القرآن الكريم – المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ص٦٣ ط١٩ – القاهرة – سنة ١٤١٢هـ – ٢٠٠٠م.

[٣] المغني ٤٨١/٦، الشرح الكبير مع المغني ٥٧٢/٦.

[٤] تفسير البغوي ٥٢٧/٣، فتح القدير للشوكاني ٢٧٦/٤، المنتخب في تفسير القرآن الكريم ص٦٢٧.

[٥] الحاوي الكبير ٢٠٥/٨، البيان ٢٤٠/٨.

[٦] هو أبو عبدالله هشام بن معاوية الضرير، النحوى الكوفى، صاحب أبي الحسن على بن حمزة الكسائي، أخذ عنه كثيرًا من النحو، وله فيه مقالة تعزى إليه. وقد صنف في النحو تصانيف عديدة منها "الحدود" و"المختصر" و"القياس". وتوفى سنة ٢٠٩هـ. (وفيات الأعيان لابن خلكان ٨٥/٦ (٧٨٣)، الفهرست لابن النديم ص١١٠، الأعلام للزركلى ٨٨/٨).

[٧] هو محمد بن أحمد بن الأزهر بن طلحة بن نوح بن الأزهر، أبو منصور الأزهري، الإمام في اللغة. ولد بهراة سنة ٢٨٢ هـ. وكان فقيهًا صالحًا، غلب عليه علم اللغة، وصنف فيه كتابه "التهذيب" وصنف في التفسير كتابًا سماه "التقريب" وشرح الأسماء الحسنى، وشرح ألفاظ مختصر المزني، والانتصار للشافعي. توفي بهراة سنة ٣٧٠هـ(طبقات ابن قاضى شهبة ١٤٤/١ (١٠٢) ، شذرات الذهب ٧٢/٣ ، وفيات الأعيان ٣٣٤/٤ ، الأعلام ٢٠٢/٦)

[٨] المغني ٤٨١/٦، الشرح الكبير معه ٥٧٢/٦، لسان العرب مادة "ضعف" ٢٠٥/٩.

والثالث : أن الضعف قد يستعمل في موضع المثل مجازًا، إذا صرفه الدليل عن حقيقته، وليست الأحكام متعلقة بالمجاز، وإنما تتعلق بالحقائق[١].

الترجيـــح :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات، يترجـح في نظري ما قال به أصحاب المذهب الأول، من أن المراد بالضعف المثلان؛ لقوة أدلتـهم وصحتها وسلامتها من المعارضة، وضعف أدلة المخالفين. ولأن هذا ما جرى عليـه عرف الاستعمال في هذه الأيام، وللعرف دوره في إثبات الأحكام ... **والله تعالى أعلم**

ثانيًا : الحكم لو أوصى بضعفي نصيب أحد ورثته :

ولو كانت الوصية بضعفي نصيب أحد ورثته، فقد اختلف الفقهاء أيضًا في مقدار ما يستحقه الموصى له إلى ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : يرى أصحابه أن الموصى له يستحق مثلَيْ نصيب أحد الورثة. كما لو أوصى بضعف نصيبه. وإليه ذهب المالكية، وابن قدامة من الحنابلة، وروى عن أبي عبيدة[٢].

المذهب الثاني : يرى أصحابه أنه يستحق ثلاثة أمثال نصيبه، وهذا مذهب الشافعية، وجمهور الحنابلة[٣].

المذهب الثالث : يرى أصحابه أنه يستحق أربعة أمثال نصيبه. وقد روى هذا عن أبي ثور – رحمه الله –[٤].

---

[١] الحاوي الكبير ٢٠٥/٨.

[٢] الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٤٧/٤، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٥٤٩/٨، ٥٥٠، الذخيرة للقرافي ٦٩/٧، جواهر الإكليل ٣٢٤/٢، المغني ٤٨١/٦. وأبو عبيدة هو – معمر بن المثنى التيمي، من تيم قريش، وهو مولى لهم. ويقال مولى لبني عبدالله بن معمر التيمي. ولد سنة ١٢٤هـ، ومات سنة ٢١٠، وقيل : ٢١١هـ وترك مؤلفات كثيرة منها : "مجاز القرآن" و"غريب القرآن" و"معاني القرآن" و"غريب الحديث" و"الديباج" و"التاج" و"الحيوان" و"الأمثال" و"الحدود" وغيرها. (الفهرست لابن النديم) ص ٨٣ ، سير أعلام النبلاء ٤٤٥/٩ (١٦٨) ، الأعلام ٢٧٢/٧ ، وفيات الأعيـان ٢٣٥/٥ (٧٣١) ، ميزان الاعتدال ٢٨٠/٥) .

[٣] الحاوي الكبير ٢٠٥/٨، المهذب ٧٣٣/٣، البيان ٢٤١/٨، المغني ٤٨١/٦، الشرح الكبير معه ٥٧٣/٦، الإنصـاف ٢٦١/٧، الروض المربع ص٣١٤، العزيز ١٤٥/٧.

[٤] الحاوي ٢٠٥/٨، المغني ٤٨٢/٦، الشرح الكبير معه ٥٧٣/٦، المهذب ٧٣٣/٣، البيان ٢٤١/٨.

الأدلة والمناقشات :

دليل المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول بالكتاب؛ فلقد قال تعالى ﴿ **فآتت أكلها ضعفين** ﴾[(١)]، وقال تعالى أيضًا :﴿ **يضاعف لها العذاب ضعفين** ﴾[(٢)]، وقال جل شأنه كذلك :﴿ **نؤتها أجرها مرتين** ﴾[(٣)]. على ما سبق بيانه في المسألة قبلها[(٤)].

دليل المذهب الثاني :

استدل أصحاب المذهب الثاني بقول أبي عبيدة معمر بن المثنى : ضعف الشيء هو مثله، وضعفاه هو مثلاه، وثلاثة أضعافه : ثلاثة أمثاله ... وهكذا[(٥)].

أي أن الضعف هو المثل مضاف إلى الأصل، والضعفين هما المثلان مضافان إلى الأصل، والثلاثة الأضعاف، هي الثلاثة أمثال مضافة إلى الأصل ... وهكذا.

واستدلوا أيضًا بأنه لما أخذ بالضعف سهم الإبن ومثله حتى استحق مثليه، وجب أن يأخذ بالضعفين سهم الابن ومثليه، فيستحق ثلاثة أمثال[(٦)].

وقد نوقش هذا الاستدلال : بأن قول أبي عبيدة لا حجة فيه وقد خالفه فيه غيره وأنكروا قوله؛ لأن الله تعالى قال في آية أخرى ﴿ **نؤتها أجرها مرتَيْنَ** ﴾[(٧)] فأعلم أن لها عن هذا حظين وعن هذا حظين. وقد نقل معاوية بن هشام عن العرب أنهم ينطقون بالضعف مثنى ومفردًا بمعنى واحد، وموافقة العرب على لسانهم مع ما دل عليه كلام الله تعالى العزيز وقول المفسرين من التابعين وغيرهم أولى من قول أبي عبيدة المخالف لذلك كله، مع مخالفة القياس، ونسبة الخطأ إليه، أولى من تخطئة ماذكرناه[(٨)].

---

(١) سورة البقرة، من الآية (٢٦٥).

(٢) سورة الأحزاب، من الآيتين (٣٠، ٣١).

(٣) سورة الأحزاب، من الآيتين (٣٠، ٣١).

(٤) تراجع صـ ٢٤٨، ٢٤٩.

(٥) المغني ٤٨١/٦، الشرح الكبير مع المغني ٥٧٣/٦.

(٦) الحاوي الكبير ٢٠٥/٨، البيان ٢٤١/٨.

(٧) من الآية ٣١ من سورة الأحزاب.

(٨) المغني ٤٨٢/٦.

دليل المذهب الثالث : استدل الإمام أبو ثور بالمعقول، وهو أنه قد ثبت أن ضعف الشيء مثلاه، فتثنيته مثلاً مفردًا كسائر الأسماء ؛ ولذا فإنه لما استحق بالضعف مثلين، استحق بالضعفين أربعة أمثال[1].

ونوقش هذا الاستدلال بأنه مردود أيضًا؛ "لما فيه من مخالفة الكتاب والعرب وأهل العربية". قاله ابن قدامة : وأضاف : "ولا يجوز التمسك بمجرد القياس المخالف للنقل، فقد يشذ من العربية كلمات تؤخذ نقلاً بغير قياس"[2].

الترجيح :

مما سبق يتبين أن الراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، من القول بأن الموصي له في هذه الحالة يستحق مثلَيْ نصيب أحد ورثة الموصي، كما لو كانت الوصية بمثل نصيبه؛ لقوة أدلتهم وصحتها وسلامتها من المعارضة وضعف أدلة المخالفين ... **والله تعالى أعلم**.

أخيرًا ننبه إلى أنه لو كانت الوصية بثلاثة أضعاف أحد ورثته، فإن الخلاف فيها كالخلاف في المسألة السابقة.

فأصحاب المذهب الأول ، يقولون باستحقاقه ثلاثة أمثاله.

وأصحاب المذهب الثاني يقولون باستحقاقه أربعة أمثاله، وهكذا؛ لنفس الأدلة السابقة.

---

[1] الحاوي الكبير ٢٠٥/٨.

[2] المغـــــني ٤٨٢/٦.

الصورة الثانية
الوصية بمجهول العين فقط، وكيفية تحديد الموصى به فيها

قد يوصي الإنسان بجزء من ماله ويبين قدره، ولكن لا يعينه، وذلك كما لو قال : أوصيت لفلان بشاة من غنمي، أو بناقة من إبلي، أو بدابة من دوابي.

وفي هذه الحالة يكون الاعتبار في تحديد ما يستحقه الموصى له، لمدلول اللفظ لغة وشرعًا وعرفًا، من حيث الصغر والكبر، والذكورة والأنوثة، والسمن والهزال، وما إلى ذلك.

وعلى ذلك فقد قرر الفقهاء أنه لو أوصى لفلان بجمل من إبله، فإن الموصى له لا يستحق إلا ذكرًا؛ لاختصاص هذا الاسم بالذكورة. ولو أوصى بناقة، لم يستحق الموصى له إلا أنثى؛ لاختصاص هذا الاسم بالأنوثة[١].

ولو قال : أوصيت لفلان بشاة ينتفع بدرها ونسلها، لم يستحق الموصى له إلا أنثى كبيرة؛ لتكون ذات در ونسل. وسواء كانت من الضأن أو من المعز[٢].

وأيضًا لو أوصى ببقرة من بهائمه، فإنه لا يستحق إلا أنثى من الأبقار؛ لأن الهاء موضوعة في الكلمة للتأنيث[٣]. ولو أوصى بثور، لم يستحق إلا ذكرًا؛ لأن الثور اسم للذكور دون الإناث[٤]. ولا يجوز أن يتعدى بهذين اللفظين - البقرة والثور - إلى الجواميس، إلا إذا كان في كلامه ما يدل عليه، أو يقول : بقرة من بقري، وليس له إلا الجواميس، وإن كان اسم البقر يتناولها مجازًا؛ لأن إضافة الوصية إلى التركة، قد صرف الاسم عن حقيقته إلى مجازه[٥].

إذا تقرر هذا، فإن الفقهاء قد اختلفوا فيما يستحقه الموصى له، إذا صدرت الوصية بلفظ يشترك في مدلوله أكثر من معنى أو أكثر من جنس. ومن ذلك - مثلاً - لفظ "الشاة" فإن الهاء في آخره أصلية في الكلمة، ومن هنا اشترك في مدلول هذا اللفظ الذكر والأنثى. كما أنه ورد في لسان الشرع مطلقًا في الذكر والأنثى، والصغير والكبير، والسمين

---

(١) الحاوي ٨/٢٣٤، المغني ٦/٦١٦، الإنصاف ٧/٢٤١، الوجيز مع العزيز ٧/٨٠، البيان ٨/٢٥٣.

(٢) الحاوي ٨/٢٣٣، ٢٣٤، البيان ٨/٢٥٤، مغني المحتاج ٣/٧٠، الوجيز مع العزيز ٧/٨٠.

(٣) المراجع والمواضع السابقة.

(٤) الحاوي ٨/٢٣٤، المغني ٦/٦١٧، الوجيز مع العزيز ٧/٨٠.

(٥) الحاوي ٨/٢٣٤.

والهزيل؛ وذلك في قوله صلى الله عليه وسلم. "... **وفي صدقة الغنم في سائمتها إذا كانت أربعين إلي عشرين ومائة، شاة، فإذا زادت على عشرين ومائة إلي مائتين، شاتان، فإذا زادت على مائتين إلي ثلاثمائة، ففيها ثلاث، فإذا زادت على ثلاثمائة، ففي كل مائة شاة**"[1]. وعليه فقد اختلفوا : هل يعطي ما يختاره الورثة، أو يعطي أحدها بالقرعة، أو يكون شريكًا للورثة بنسبة الموصي به، أو يكون المرجع فيما يعطاه إلى العرف ؟

وأيضًا اختلفوا فيما لو تعارض مدلول اللفظ لغة مع مدلوله عرفًا. ومن ذلك - مثلاً - لفظ "البعير"، فإنه لغة يطلق على الذكر والأنثى[2]، ولكنه عرفًا لا يطلق إلا على الذكر. وكذلك لفظ "الدابة"، فإنه يطلق لغة على كل ما يدب على وجه الأرض من حيوان، اشتقاقًا من دبيبه[3]، كما أنه ورد في لسان الشرع مطلقًا، وذلك في قوله تعالى : **﴿وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها﴾**[4]. ولكنه عرفًا مختص ببعضها. ومن هنا كان خلافهم : هل يعطي الموصي له أيًا مما يطلق عليه اللفظ لغة على حسب اختيار الورثة، أم أن الورثة مقيدون بما يطلق عليه اللفظ عرفًا، أم أن الموصي له يكون شريكًا للورثة بنسبة مالَهُ بالوصية ؟

وغني عن البيان أن محل خلافهم في كل هذه الحالات، إذا لم تقم قرينة تدل على إرادة شيء معين من مفردات هذه الكلمات، فإذا قامت مثل هذه القرينة، عمل بها وأعطى الموصي له ما دلت عليه.

وفيما يلي - **بمشيئة الله تعالى** - بيان خلاف الفقهاء فيما يستحقه الموصي له إذا كانت الوصية بلفظ له أكثر من معنى أو أكثر من جنس، وفيما يستحقه إذا كانت الوصية بلفظ يتعارض معناه اللغوي مع معناه العرفي :

---

(1) جزء من حديث رواه الأئمة : أحمد في مسنده، والبخاري في صحيحه كتاب الزكاة باب ٣٨ زكاة الغنم ٣٧١/٣، ٣٧٢ (١٤٥٤) مع الفتح، وأبو داود في سننه كتاب الزكاة باب زكاة السائمة ٩٦/٢ (١٥٦٧) ، والترمذي في كتاب الزكاة باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم ٢٠٢/٣ (٦١٧) مع التحفة . والسائمة هي التي ترعى حيث تشاء ولا تكلف صاحبها نفقة علفها.

(2) مختار الصحاح للرازى ص ٥٨ .

(3) المرجع السابق ص ١٩٧ ، المصباح المنير للفيومى ١٨٨/١ .

(4) سورة هود، من الآية (٦).

أولاً : خلاف الفقهاء فيما يستحقه الموصي له إذا صدرت الوصية بلفظ له أكثر من معنى أو أكثر من جنس :

اختلف الفقهاء فيما يستحقه الموصي له لو كانت الوصية بما يشترك في مدلوله أكثر من معنى أو أكثر من جنس، كما لو أوصى بشاة من غنمه. ويمكن رد خلافهم إلى أربعة أقوال :

القول الأول : يرى أصحابه أن الموصي له يستحق ما يطلق عليه اسم شاة في بلده وهو في الغالب لا يطلق إلا على الأنثى. إلى هذا ذهب الإمام الشافعي، والزيدية، وابن قدامة الحنبلي[١].

القول الثاني : يرى أصحابه أن البيان إلى الورثة، فيقال لهم : أعطوه ما شئتم من هذه الشياه. وإلى هذا ذهب الحنفية في مقتضى كلامهم[٢]. وبعض الشافعية، والإمام أحمد في رواية، وسواء أعطاه الورثة شاة من الضأن أو المعز، ذكرًا أو أنثى، صغيرة أو كبيرة، سمينة أو هزيلة، نفذت الوصية وبرئت ذمتهم منها[٣].

القول الثالث : يرى أصحابه أنه يستحق أحدهم بالقرعة. وإلى هذا ذهب الإمام أحمد في رواية. قال ابن قدامة : "ويشبه أن يكون قول إسحاق". وبه يقول الظاهرية[٤].

القول الرابع : يرى أصحابه أنه يكون شريكًا للورثة بنسبة الموصي به من جنسه أو نوعه. فإن أوصى بشاة ومات عن خمس شياه، فللموصي له الخمس، وإن أوصى بثلاثة فله ثلاثة أخماس، وهكذا، فتقوّم ويأخذ الموصي له تلك النسبة من الغنم، سواء كان عدده قدر ما أوصى به الموصي، أو أكثر أو أقل، بالقرعة.

وتقويمها يكون يوم تنفيذ الوصية لا يوم صدورها، سواء زاد الموجود يوم التنفيذ عن الموجود يوم الوصية أو نقص عنه. فلو أوصى بعشرة، وكان عنده يوم الوصية خمسون، فزادت بولادة وبلغت مائة يوم التنفيذ، كان شريكًا بالعشر لا بالخمس. وكذا لو أوصى له بعشرة وكان له مائة يوم الوصية، فنقصت بالموت حتى صارت خمسين يوم

---

(١) التاج المذهب ٣٧٤/٤، حدائق الأزهار والسيل الجرار ٤٨١/٤، ٤٨٢، البيان ٢٥٢/٨، ٢٥٣، المغني ٦١٦/٦، المقنع مع الشرح الكبير ٥٣٥/٦، والإنصاف ٢٤٠/٧.

(٢) إذ القاعدة عندهم : أن الوصية بالمجهول جائزة؛ لأن الجهالة يمكن إزالتها من جهة الموصي مادام حيًا، ومن جهة ورثته بعد موته كما في جهالة المقربه في حال الإقرار". (البدائع ٥٢٥/٧).

(٣) الحاوي الكبير ٢٣٣/٨، البيان ٢٥٢/٨، ٢٥٣، مغني المحتاج ٧٠/٣، المغني والشرح الكبير ٥٣٧/٦، ٦١٤، ٦١٦.

(٤) المغني ٦١٤/٦، الإنصاف ٢٤٢/٧، المحلى لابن حزم ٣٤٣/٩، ٣٤٤.

التنفيذ ، كان شريكاً بالخمس ؛ لأن الذاهب كالعدم . وإن بقي منها ثلاثون ليوم التنفيذ ، كان شريكًا بالثلث، يأخذ بالقرعة، بأن تجعل الشياه ثلاثة أكوام بالقيمة لا بالعدد،فيقابل الواحد بالخمسة مثلاً إذا اقتضت القيمة ذلك، ويكتب في ورقة اسم الموصي له. وفي ورقتين أسماء الورثة، ثم ترمى الأوراق على الأكوام، ويأخذ ما تسقط عليه ورقته.

وإن لم يبق إلا ذلك العدد، أخذه الموصي له، إن حمله الثلث، بأن كان في حدوده.

وإن لم يبق من الغنم شيء أو استحقت كلها، فلا شيء له. وإلى هذا ذهب المالكية[1].

الأدلة والمناقشات :

دليل القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على أن الموصي له في هذه الحالة يستحق ما يطلق عليه اسم شاة في عرف أهل هذا البلد بالمعقول، وهو أن ظاهر حال الموصي إرادة ما يتعارفونه، والغالب في أعراف الناس، أنهم يطلقون اسم الشاة على إناث الغنم دون ذكورها، فوجب كونها أنثى ما لم يتغير العرف[2].

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني على أن الموصي له يستحق ما يعطونه الورثة، بالسنة والمعقول :

أما السنة : فما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : **"في كل أربعين شاةً شاةٌ"**[3].

وجه الدلالة من هذا الحديث : أن النبي صلى الله عليه وسلم بين فيه أن مقدار الزكاة الواجبة في كل أربعين شاة شاة واحدة ، سواء كانوا ذكورًا أو إناثًا، صغارًا أو كبارا ، سمانًا أو هزالاً، فاستفيد منه أن لفظ الشاة يتناول كل هذه الأنواع، وعليه فأى شاة يختارها الورثة لتنفيذ الوصية، تؤدي الغرض، وتنفذ بها الوصية [4].

---

[1] مواهب الجليل والتاج والإكليل ٥٣٦/٨، ٥٣٧، الذخيرة للقرافي ٤٨/٧، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٣٩/٤، ٤٤٠، جواهر الإكليل ٣٢٢/٢، المنتقى للباجي ١٧٣/٦.

[2] المغني ٦١٦/٦، المقنع مع الشرح الكبير ٥٣٥/٦، البيان ٢٥٢/٨، ٢٥٣، الكافي لابن قدامة ٥٠٦/٢، التاج المذهب ٣٧٤/٤.

[3] سبق تخريجه في صـــ ٢٥٤ .

[4] العزيز ٨٠/٧، مغني المحتاج ٧٠/٣، المغني ٦١٦/٦.

ويناقش هذا الاستدلال : بأن الحديث ليس على إطلاقه، فليست أي شاة تجزئ في الزكاة، وإنما لابد وأن تكون جذعة ضأن أو ثنية معز - كما هو معروف - وجزعة الضأن هي التي أكملت سنة. وقيل : ستة أشهر. وثنية المعز هي التي أكملت سنتين. وقيل : سنة : فلا يجزئ ما دون هذه السن بالإجماع[1].

وعلى ذلك، فاعتبار هذا الحديث أصلاً في المدعى، لا يجوز.

وأما المعقول : فمن ثلاثة وجوه :

أحدها : أن أي شاة يعطيها الورثة للموصي له، يتناولها اسم الشاة ، فأجزأ التنفيذ بها، كما لو أوصى بشاة ولم يضفها إلى غنمه[2].

ويناقش هذا الوجه بأنه غير صحيح ؛ فالشاة التي يجزيء تنفيذ الوصية بها، لابد وأن تكون شاة مما يقبل العرف إطلاق اسم الشاة عليها؛ حملاً للفظ الموصي على مقصوده؛ فمن المؤكد أنه ما قصد بلفظ الشاة إلا ما جرى العرف على استعماله فيها. والقاعدة أن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

والوجه الثاني : أن الهاء في لفظ الشاة من أصل الكلمة في اسم الجنس، فاستوى فيه الذكر والأنثى[3].

ويناقش هذا بأن الهاء وإن كانت أصلية في الكلمة، إلا أنه لا مانع من أن يخصها العرف بنوع معين من الشياه، كغيرها من الدواب الأخرى.

والوجه الثالث : أن الورثة يقومون مقام مورثهم في جهالة يمكن إزالتها. ولو كان الوارث حيًا كان البيان إليه، فإذا مات قام الورثة مقامه؛ وذلك لأن الوصية تمليك بعد الموت، والورثة يقومون مقامه في التمليك[4].

ويناقش هذا : بأنه إذا كان الورثة يقومون مقام مورثهم في تنفيذ وصيته ، لأنهم أدرى بمقصوده ، فان هذا يؤكد عدم جواز خروجهم في تنفيذ هذه الوصية على المعروف المألوف في التعامل بين الناس الذي لا شك أن الموصى قد قصده واستهدفه .

---

[1] وقد حكى هذا الإجماع الشيخ الشربيني الخطيب، حيث قال : "... ووجه عدم إجزاء ما دون هذه السنين، الإجماع" (مغني المحتاج ٥٠٢/١، ٥٠٨. وانظر أيضًا : تبيين الحقائق ٢٦٣/١، جواهر الإكليل ١١٩/١، ١٢٠، المغني ٤٧٣/٢، ٤٧٤).

[2] الحاوي الكبير ٢٣٠/٨، شرح المحلى على المنهاج ١٦٦/٣، المغني ٥١٤/٦.

[3] الحاوي الكبير ٢٣٣/٨، مغني المحتاج ٧٠/٣، شرح المحلي وحاشيتا قليوبي وعميرة ١٦٦/٣، ١٦٧، العزيز ٨٠/٧، روضة الطالبين ١٥٩/٦، البيان ٢٥٢/٨، ٢٥٣.

[4] بدائع الصنائع للكاساني ٥٢٥/٧، ٥٢٧.

أدلة القول الثالث :

استدل أصحاب القول الثالث على أنه يجب تعيين إحداها بالقرعة، بالسنة و المعقول أيضًا :

أما السنة : فما روى عن عمران بن الحصين[١] رضى الله عنه، أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم. **فدعا به رسول الله صلى الله عليه وسلم، فجزاهم أثلاثًا، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرقَّ أربعة، وقال له قولاً شديدًا**"[٢].

وجه الدلالة من هذا الحديث : أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أجرى القرعة بين العبيد الستة الذين أعتقهم سيدهم ولم يكن له مال غيرهم؛ ليفرز منهم من تنفذ فيه الوصية – حيث لا تنفذ في أكثر من ثلث المال إلا بإجازة الورثة كما هو معلوم – وهذا الفعل من النبي صلى الله عليه وسلم، يعتبر أصلاً في كل وصية يُحتاج إلى تعيين الموصي به فيها[٣].

وأما المعقول : فمن وجهين :

أحدهما : أن الموصي له يستحق شاة غير معينة، وليست إحدى الشياه بأولى من غيرها في تنفيذ هذه الوصية، فوجب المصير إلى القرعة، كما لو أعتق واحدًا من عبيده[٤].

والثاني : أن الموصي قد خلط في وصيته بين الموصي به وغيره، ولا يدرىأحد غير الله تعالى أيهما يستحق الموصي له منها وأيها لا يستحق، فصاروا فيها حق للموصي له وحق للورثة، فلابد من القسمة، ليميز بين الحقين، ولا سبيل إلى تمييز الحقوق والأنصباء في القسمة إلا بالقرعة، فوجب الإقراع بينهم كما لو أعتق بعض عبيده[٥].

---

[١] هو عمران بن حصين بن عبيد، الخزاعي الكعبي، أبو نجيد، أحد كبار الصحابة وفضلائهم، وكان ممن بعثهم عمر بن الخطاب إلى أهل البصرة ليفقههم في الدين، وولى قضاء البصرة، وكان الحسن يحلف بالله ما قدم البصرة أحد خير لهم من عمران بن حصين. حدَّث عنه زرارة، والحسن، ومحمد بن سيرين وغيرهم. له أحاديث عدة في الكتب. ومات رضى الله عنه سنة ٥٢هـ. (أسد الغابة ٢٨١/٤، الإصابة ٢٧/٣، تجريد أسماء الصحابة للذهبي ٤٢٠/١ (٤٥٣٩)، شذرات الذهب ٥٨/١، تذكرة الحفاظ ٢٩/١، طبقات الحفاظ للسيوطي ص٨ (١٤)).

[٢] رواه الأئمة : أحمد في مسنده ٤٢٦/٤، ٤٢٨، ٤٤٠، ٤٤٥، ٤٤٦، ٣٤١/٥، ومسلم في صحيحه، كتاب الأيمان باب من أعتق شركًا له في عبد ١٣٩/١١، ١٤٠ (٥٦/١٦٦٨) بشرح النووي، وأبو داود في سننه كتاب العتق باب فيمن أعتق عبيدًا له لم يبلغهم الثلث ٢٨/٤ (٣٩٥٨)، والترمذي في صحيحه أبواب الأحكام، باب فيمن يعتق مماليكه عند موته وليس له مال غيرهم ٥٠١/٤ (١٣٧٥) مع الأحوذى. واللفظ لمسلم. ورواه أيضًا الإمام مالك في الموطأ كتاب العتق باب من أعتق رقيقًا لا يملك مالاً غيرهم ٧٧٤/٢ (٣) مرسلاً عن محمد بن سيرين رضى الله عنه. قال الزرقاني : "ومعلوم أن بلاغه صحيح" (شرح الزرقاني على الموطأ ٨٢/٤).

[٣] المحلى لابن حزم ٣٤٤/٩.

[٤] المغني ٦١٤/٦، ٦١٦، الكافي ٥٠٥/٢، ٥٠٦.

[٥] المحلى لابن حزم ٣٤٣/٩، ٣٤٤.

ويمكن مناقشة هذه الاستدلالات من السنة والمعقول، بأنها غير صحيحة ولا تدل على المدعى، فقياس الوصية بالشاة ونحوها على الوصية بالعتق قياس مع الفارق؛ لأن العتق تحرير للنفس البشرية، وفك للرقبة الإنسانية، وصيرورتها صالحة للتمليك والتملك، بعد أن كانت مغلة عن ذلك، ففي العتق إحياء معنوي للنفس البشرية من موت حكمي[1]،ولا شك أن هذا المصير تهفو إليه نفس كل رقيق، وهو يختلف تمامًا عن مصير الشاة ونحوها بالوصية، فمصيرها معروف، وهو الذبح، فكيف يقاس هذا على ذاك ؟

دليل القول الرابع :

استدل المالكية على ما قالوا به من أن الموصي له يكون شريكًا للورثة بنسبة الموصي به في هذه الحالة؛ بأن هذا هو ما يتحقق به العدل بينهم؛ لأن الورثة يقولون : نعطي الموصي له أدونها. والموصي له يطلب أرفعها[2].

ويناقش هذا أيضًا، بأنه لا يمت إلى معنى الكلمة التي صدرت بها الوصية اللغوي أو العرفي بصلة. كما أنه لا علاقة له بما قصد إليه الموصي من وصيته، فوجب أن يستبعد.

هذا عن خلافهم فيما لو كان للفظ أكثر من معنى أو أكثر من جنس. وننتقل بعده لنتعرف على أقوالهم فيما لو تعارض مدلول اللفظ لغة مع مدلوله عرفًا، ثم نعمد إلى اختيار الراجح في كلتا المسألتين :

ثانيًا :خلاف الفقهاء فيما يستحقه الموصي له لو صدرت الوصية بلفظ يتعارض معناه اللغوي مع معناه العرفي :

اختلف الفقهاء فيما يستحقه الموصي له لو صدرت الوصية بلفظ يتعارض مدلوله اللغوي مع مدلوله العرفي، كما لو قال : أوصيت لفلان بدابة من دوابي، أو ببعير من إبلي، إلى ثلاثة أقوال :

---

(١) ولعل في إيجاب عتق الرقبة المؤمنة في مقدمة كفارة القتل الخطأ، ما يشير إلى هذا، فلقد قال تعالى : ﴿ **ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلي أهله إلا أن يصدقوا**﴾ (من الآية ٩٢ من سورة النساء). والحكمة في إيجاب عتق الرقبة المؤمنة – والله أعلم – أن القاتل كما قتل إنسانًا حيًا فعليه أن يُحيي إنسانًا آخر في حكم الميت، بإخراجه من بوتقة الرق وغلال الاستعباد. وقد جاء في المنتخب في تفسير القرآن الكريم ص١٢٥ "... ولعتق رقبة مؤمنة ليعوّض جماعة المؤمنين عما فقدت؛ لأن عتق الرقبة المؤمنة، إحياء لها بالحرية، فكأنه يكتفي بتحرير رقبة مؤمنة ليعوض المؤمنين عن فقده".

(٢) المنتقى للباجي ١٧٣/٦.

القول الأول : يرى أصحابه أن الاعتبار في هذه الحالة يكون للمعنى العرفي للفظ فلو أوصى ببعير، لا يستحق الموصي له إلا ذكرًا، ولو أوصى بدابة، استحق أيًا من الخيل أو البغال أو الحمير. إلى هذا ذهب الحنفية في مقتضى كلامهم[١]، والشافعية في وجه رجحه الكثيرون، وقال عنه الماوردي إنه "مذهب الشافعي". وبه يقول الحنابلة في وجه، والزيدية في قياس مذهبهم في الشاة[٢].

القول الثاني : يرى أصحابه أن الاعتبار يكون للمعنى اللغوي، فيكون الورثة مخيرين في إعطائه أيًا مما يطلق عليه هذا اللفظ. وإلى هذا ذهب الشافعية في وجه والحنابلة في وجه[٣].

القول الثالث : يرى أصحابه أن الموصي له يكون شريكًا للورثة بنسبة الموصي له من جنسه أو نوعه، على ما سبق بيانه فيما لو أوصى بشاة. وهذا مذهب المالكية[٤].

الأدلة والمناقشات :

دليل القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على أن الاعتبار يكون للمعنى العرفي للكمة بالمعقول، وهو أن المعنى العرفي هو المتبادر إلى الفهم من إطلاق اللفظ، فلفظ البعير مثلاً لا يطلق عرفًا إلا على الذكر، فهو بالذكر أخص، فوجب أن يحمل عليه اللفظ. ولفظ الدابة يطلق عرفًا على الخيل والبغال والحمير في بعض البلدان، ومنها مصر، وفي بعضها الآخر كالعراق والحجاز، لا يطلق إلا على الخيل، ولا يتناول غيرها إلا مجازًا، فوجب أن يحمل اللفظ على المتعارف عليه في بلد الموصي[٥].

---

[١] حيث قالوا : "... ولو أوصى بقبة تركية، وهي ما يعتبر بالعجمية : خركاه. فله القبة مع الكسوة، وهي اللبود؛ لأنه لا يقال له قبة تركية إلا بلبودها، بخلاف القبة البلدية. ويعتبر في ذلك العرف والعادة، ويختلف الجواب باختلاف العرف والعادة". (البدائع ٧/٥٢٨).

[٢] مختصر المزني بشرح الحاوي الكبير ٨/٢٣٤، البيان ٨/٢٥٤، مغني المحتاج ٣/٧١، شرح المحلي وحاشية القليوبي ٣/ ١٦٧، منار السبيل ٢/٣١، الروض المربع ص٣١٣، ٣١٤، المقنع والإنصاف ٧/٢٤١.

[٣] مختصر المزني بشرح الحاوي الكبير ٨/٢٣٤، ٢٣٥، مغني المحتاج ٣/٧١، منار السبيل ٢/٣١، المغني والشـرح الكبير ٦/٥٣٦، ٥٣٧، ٦١٧، الكافي ٢/٥٦، الروض المربع ص٣١٤، البيان ٨/٢٥٤، ٢٥٥.

[٤] المنتقى للباجي ٦/١٧٣، جواهر الإكليل ٢/٣٢٢، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٨/٥٣٦، ٥٣٧.

[٥] الحاوي الكبير ٨/٢٣٥، العزيز ٧/٨٣، روضة الطالبين ٦/١٦٢.

دليل القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني على أن الاعتبار يكون للمعنى اللغوي : بأن الأصل في الكلام الحقيقة؛ ولهذا يحمل عليها كلام الله تعالى وكلام رسوله صلى الله عليه وسلم[1]، فلفظ البعير اسم للجنس، فيتناول الذكر والأنثى جميعًا. تقول العرب : حلبت البعير، تريد الناقة، فالجمل في لسانهم كالرجل في بني آدم. والناقة كالمرأة. والبكرة كالفتاة وكذلك القلوص، والبعير كالإنسان. كما أن لفظ الدابة يجب أن يحمل على ظاهره في كل البلاد؛ لأنه ينطلق على هذه الأجناس الثلاث من الخيل والبغال والحمير، فصح أن تنفذ الوصية من أي من هذه الأنواع[2].

ويناقش هذا بأنه غير صحيح ؛ لأن تمام القاعدة أن الأصل في الكلام الحقيقة، ما لم يرد ما يصرفه عن الحقيقة إلى المجاز، فإن ورد ما يصرفه عن الحقيقة إلى المجاز، كان هو المقصود. ومن الأمور التي يصح أن تصرف اللفظ عن الحقيقة إلى المجاز، عرف الاستعمال، فإذا كان اللفظ يطلق على معنى معين، ثم صرفه عرف الاستعمال عن هذا المعنى إلى معنى آخر ،وجب اعتباره ؛لأنه الذي يتبادر إلى الذهن فور إطلاق اللفظ ، ولفظ البعير من الألفاظ التي قصر العرف إطلاقها على الذكر دون الأنثى، كما أن لفظ الدابة قصر العرف إطلاقه على الخيل والبغال والحمير، فوجب اعتبار ذلك؛ تحقيقًا لمقصود الموصي.

دليل القول الثالث :

استدل المالكية على أن الموصى له يكون شريكًا للورثة بنسبة الموصى به، بنفس دليلهم السابق في المسألة السابقة، ويناقش بنفس المناقشة السابقة[3].

القول الراجح :

بعد أن عرضنا لأقوال الفقهاء في هاتين المسألتين وأدلتهم ومناقشة ما يستحق المناقشة منها : أرى ترجيح قول من ذهب إلى وجوب الاعتداد بالمعنى العرفي للفظ عند تنفيذ الوصية، وهم أصحاب القول الأول في كل من المسألتين؛ وذلك لقوة أدلتهم وصحتها وسلامتها من المعارضة، وضعف أدلة المخالفين، ولما يلي :

---

(1) الروض المربع ص٣١٤، منار السبيل ٣١/٢.

(2) الحاوي الكبير ٢٣٤/٨، ٢٣٥، مغني المحتاج ٧١/٣، حاشية القليوبي ١٦٧/٣، المغني ٦١٧/٦، الشرح الكبير معه ٥٣٦/٦، ٥٣٧، منار السبيل ٣١/٢، ٣٢.

(3) راجع صـ ٢٥٩ .

١-أن الله سبحانه وتعالى قد أمر بالقضاء بالعرف عند عدم النص، وذلك في قوله تعالى: ﴿ **خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين**﴾ [١]؛ ولذلك تقررت القاعدة أن "**المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا** " وأن "العادة شريعة محكمَّة"، فكان العمل بما جرى به العرف واجبًا بنص كتاب الله سبحانه وتعالى.

٢-أن في العمل بهذا القول فائدة تعود على الموصي له؛ ذلك أن الموصِي قد يوصي له بما يراه محتاجًا إليه بلفظ يشمله ويشمل غيره، وقد لا يكون محتاجًا إلى ذلك الغير، فلو أعطى ما جرى العرف على استعمال اللفظ فيه – الذي لا شك في أن الموصي يقصده دون غيره –، لتحققت الفائدة المرجوة من الوصية.

٣-أن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، وعليه فمن نطق بلفظ، لا ينظر إلى مجرد لفظه، وإنما يجب أن ينظر إليه في إطار الظرف الزماني والمكاني، والباعث له على التلفظ به؛ حتى توضع الأمور في نصابها الصحيح. ومن أوصى بوصية لا شك أنه يقصد معناها المتعارف عليه في الزمان والمكان اللذين أوصى فيهما؛ ذلك أن المعاني الحقيقية غالبًا ما تكون مجهولة بالنسبة لعامة الناس، وهذا متحقق حتى في كثير من المصطلحات الفقهية، كمصطلح "الصلاة" مثلاً، فإن معناه اللغوي هو الدعاء، ولكن عرف الاستعمال نقله إلى معنى آخر هو "أقوال وأفعال مفتتحة بالتكبير مختتمة بالتسليم" وكمصطلح "الحج" فإن معناه اللغوي : القصد إلى معظَّم، ولكن عرف الاستعمال قصر معناه على أنه "عبادة مشتملة على إحرام وحضور بعرفة جزءاً من ليلة النحر، وطواف بالبيت، وسعي بين الصفا والمروة"، وكذلك لفظ "لحم" فإنه في الأصل يطلق على كل لحم حتى السمك، قال تعالى : ﴿**ومن كل تأكلون لحما طريا** ﴾ [٢]، إلا أن عرف الاستعمال قد خصها بلحم الحيوان أو الطير، وأخرج منها لحم السمك، حتى أن من حلف أن لا يأكل لحمًا فأكل سمكًا، لا يحنث ... هذا **والله تعالى أعلم**.

---

[١] سورة الأعراف، الآية (١٩٩).

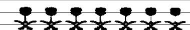
[٢] سورة فاطر، من الآية (١٢).

الصورة الثالثة

الوصية بمجهول القدر فقط، وكيفية تحديد الموصى به فيها

قد يوصي الإنسان بشيء ويعينه، إلا أنه لا يحدد قدره، وذلك كما لو قال : أوصيت لفلان بشياه من شياهي أو بنوق من إبلي، وفي هذه الحالة : إن لم يفسر مراده من هذه الوصية ويبين مقدارها في حياته، ترك تفسير ذلك للورثة، ولا يقبل منهم تفسيرها بأقل من ثلاثة شياه أو ثلاثة نوق، وحكم للموصي له بها؛ وذلك لأن الثلاثة أقل الجمع المطلق، وقد كانت الوصية بصيغة الجمع، فوجب ألا يقل تفسيره عن أقل ما يطلق عليه اللفظ[١].

وسواء كانت جهالة قدر الموصي به مباشرة كما في المثال المتقدم أو غير مباشرة. وقد مثل الفقهاء لهذا النوع بما لو قال : "اشتروا بثلث مالي رقابًا فأعتقوهم" وقالوا بأنه في هذه الحالة، لا يجوز صرف هذا الجزء ولا بعضه في المكاتبين[٢]؛ لأنه وصى بالشراء لا بالدفع إليهم، فإن اتسع الثلث لثلاثة، لم يجز أن يشتري أقل منها؛ لأنها أقل الجمع المطلق، فلم يجز أن ينصرف سهم الرقاب في أقل من ثلاث. ولو زاد على الثلاثة كان حسنًا، ولو اقتصر على الثلاثة مع وجود الزيادة أجزأ. ولو صرفه للإثنين مع إمكان الثالثة، ضمنها بأقل ما يجد به رقبة[٣].



---

(١) التاج المذهب ٣٧٢/٤.

(٢) المكاتبون جمع مكاتب. والمكاتب هو الرقيق الذي جرى بينه وبين سيده عقد كتابه. أى عقد عتق بلفظ الكتابة بعوض منجم بنجمين – مقسط بقسطين – فأكثر. (مغني المحتاج ٦٥٣/٤).

(٣) الحاوي ٢٤٠/٧، فتح الوهاب وحاشية البجيرمي ٣٢١/٣، المغني والشرح الكبير ٥٥٥/٦، ٥٥٨.

الفرع الثاني
صور الوصية بالمجهول
والحكم في الدعوى بها في قانون الوصية

عرفنا فيما سبق أن القانون الوضعي قد نص على حالات أربع من الحالات التي تقع الوصية فيها بالمجهول، وبين الأسس التي يتحدد عليها الموصي به فيها إذا رفعت الدعوى للمطالبة به[1].

وفيما يلي بيان ذلك:.

الحالة الأولى : إذا أوصى بمثل نصيب وارث معين من ورثته، أو بنصيبه :

وقد نصت على هذه الحالة المادة ٤٠ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦، فقالت : "إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصي، استحق الموصي له قدر نصيب هذا الوارث زائدًا على الفريضة".

ومن هذا النص يتبين أن القانون قد أخذ في هذه الحالة برأى جمهور الفقهاء "**الحنفية والشافعية والحنابلة في المذهب**"، حيث حدد ما يستحقه الموصي له بأنه مثل نصيب الوارث الموصي بنصيبه أو بمثل نصيبه زائدًا على أصل الفريضة. ونحيل في تفصيل ذلك إلى ما سبق أن أوضحناه في الجانب الشرعي؛ إذ لا داعي للتكرار[2].

الحالة الثانية : إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته ولم يعينه :

وعلى هذه الحالة نصت المادة ٤١ من القانون المذكور، حيث قالت : "إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصي، أو بمثل نصيبه، استحق الموصي له نصيب أحدهم زائدًا على الفريضة إن كان الورثة متساوين في الميراث، وقدر نصيب أقلهم ميراثًا زائدًا على الفريضة إن كانوا متفاضلين".

ومن هذا النص يتبين أن القانون قد فرق بين فرضين في هذه الحالة :

أحدهما : أن يكون الورثة متساوين في السهام، كما لو كانوا ذكورًا.

والثاني : أن يكون الورثة متفاضلين في السهام، كما لو كانوا ذكورًا وإناثًا.

فقرر أن الموصي له في الفرض الأول يستحق نصيب أحد الورثة زائدًا على أصل الفريضة. وفي الفرض الثاني يستحق قدر نصيب أقلهم ميراثًا زائدًا على الفريضة.

---

[1] تراجع صـ ٢٢١ وما بعدها .

[2] تراجع صـ ٢٣٤ وما بعدها .

وبهذا يكون القانون قد أخذ في كلا الفرضين برأى الجمهور أيضًا الحنفية والشافعية والحنابلة في المذهب، وقد سبق تفصيل القول في ذلك في الجانب الشرعي بما يغني عن إعادته هنا[١].

الحالة الثالثة : إذا أوصى بنصيب أو بمثل نصيب أحد الورثة مع الوصية بسهم معلوم شائع من التركة :

وجاء الحكم في هذه الحالة في المادة ٤٢ من قانون الوصية؛ حيث تقول : "إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ونصيب أحد ورثة الموصي أو بمثل نصيبه، سواء أعين الموصي الوارث أم لم يعينه، قدرت حصة الموصي له بنصيب الوارث، على اعتبار أنه لا وصية غيرها، ويقسم الثلث بالمحاصة إذا ضاق عن الوصيتين".

ويتضح من هذا النص أنه قرر أن تقدر الوصية بالنصيب بما تساويه من سهام التركة، كأن لا وصية غيرها، ويقسم الثلث بين الوصيتين بالمحاصة إن لم يسعها ولم يجز الورثة.

وقد ذكرت المذكرة التفسيرية لهذا القانون أن هذا الحكم مأخوذ من مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ومنقول عن الإمام أبي حنيفة.

وقد رأينا أن في مذهب الإمام أحمد وجهين لحل هذه المسألة، وبالنظر في هذين الوجهين وفي نص القانون، نجد أن ما عليه القانون أقرب إلى الوجه الأول منه إلى الوجه الثاني؛ إذ إنه أوجب أن تحل المسألة بين الورثة وبين الموصي له بمثل نصيبهم معلى نصيبه على سهامهم، وهذا يجعله زائدًا على سهام الورثة، ويقدر الثلث على ثلث الكل، والسهام الأخرى التي تفرض للموصي له بجزء شائع تقدر أيضًا على أساس مجموع سهام الورثة[٢]. وقد أوضحنا ذلك في الجانب الشرعي بما فيه الكفاية[٣].

الحالة الرابعة : إذا أوصى بنقود أو بأعيان من التركة مع الوصية بنصيب أو بمثل نصيب أحد الورثة :

---

(١) شرح قانون الوصية للإمام أبي زهرة ص١٣٧، ١٣٨ ف١٠١، التركة والحقوق المتعلقة بها للشيخ أحمد إبراهيم ص٩١٣، وانظر ص ٢٣٨ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٢) شرح قانون الوصية للإمام أبي زهرة ص١٥٠ ف١٠٩، التركة والحقوق المتعلقة بها للشيخ أحمد إبراهيم ص٩١٤، ٩١٥.

(٣) راجع صـ ٢٤٢ وما بعدها .

وقد تضمنت النص على حكم هذه الحالة المادة ٤٢ من هذا القانون، حيث جاء فيها : "... وإذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع، قدِّر الموصي به بما يساويه من سهام التركة".

وقد ذكرت المذكرة التفسيرية لهذا القانون أن هذا الحكم محل اتفاق بين الفقهاء. وقد عرفنا ذلك بالتفصيل في الجانب الشرعي[1].

كيفية تحديد الموصي به في غير هذه الحالات :

هذه هي الحالات التي ورد النص عليها وبيان الحكم فيها في قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦. ولكن لأن الصور التي يمكن أن تقع فيها الوصية بمجهول كثيرة، فإنه يمكن أن تعرض على القضاء صور أو حالات أخرى غير هذه الحالات .. فإذا ما حدث هذا، وعرض للقضاء ما لم ينص عليه في هذا القانون، فكيف يقضي ؟

طرح هذا التساؤل الإمام محمد أبو زهرة، وقال : "إنني أرى أن ما يعرض للقضاء، إذا كان تفريعًا لمسائل قد بين القانون أصلها، فإنه يرجع في هذا التفريع إلى المصدر الذي استقى القانون منه ذلك الأصل، فإن كان الأصل هو مذهب مالك، أخذ التفصيل من ذلك المذهب، وهكذا.

"وإن كان ما يعرض للقضاء، ليس تفريعًا لأصل ذكره القانون، فإنه يؤخذ بمذهب أبي حنيفة؛ لأن المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١[2] لازالت قائمة لم تنسخ، ولم يوجد ما ينسخها[3]، وهذا ما ذكرته المذكرة التفسيـــرية، فـقد جاء فيها : "**إذا وجد من الحوادث ما لم ينص على حكمه في هذا القانون، فإنه يجب الرجوع فيه إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة، كما تقضي بذلك المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١**"[4].

******

---

[1] التركة والحقوق المتعلقة بها للشيخ أحمد إبراهيم ص٩١٥، شرح قانون الوصية ص١٤٤ ف١٠٥، وفيه : "أخذ القانون الفقرة الأخيرة وهي احتساب النقود المرسلة والاعتبار بمقدار نسبتها من التركة؛ من إجماع الفقهاء على ذلك الاحتساب عند معرفة مقدارها؛ لتبين صلتها بالثلث".

[2] المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. ونص هذه المادة : "تصدر الأحكام طبقًا للمدون في هذه اللائحة، ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة، ماعدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة، فيجب أن تصدر الأحكام طبقًا لتلك القواعد".(الأحوال الشخصية للمسلمين طبقًا لأحدث التعديلات – الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ص٧٠ ط٧ ١٩٩٩).

[3] يلاحظ أن هذا المرسوم قد ألغي بنص المادة الرابعة من ديباجة القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الصادر بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية. إلا أنه نص في المادة الثالثة من ديباجته أيضًا على نفس الحكم الذي كانت تنص عليه المادة ٢٨٠ من اللائحة، فقال : "تصدر الأحكام طبقًا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين، بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة". (الجريدة الرسمية – العدد ٤ مكرر، الصادر في ٢٢ شوال سنة ١٤٢٠هـ – ٢٩/١/٢٠٠٠م – السنة ٤٣ ص٣).

[4] شرح قانون الوصية للإمام أبي زهرة ص٢٩٤ ف٢٢١.

المطلب الثالث

موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أحكام دعوى الوصية بالمجهول

بالنظر فيما قرره الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من أحكام بشأن دعوى الوصية بالمجهول، نجد أن هذه الأحكام، جاءت مستوفاة في الفقه الإسلامي، شاملة لكل الصور والمظاهر، التي يكون الموصي به فيها مجهولاً، وإن كان احتمال وقوع بعض هذه الصور أو المظاهر في مكان ما أو زمان ما بعيدًا. وهذه ميزة يمتاز بها الفقه الإسلامي. ولا غرو، فلقد استمدت أحكامه من شريعة الإسلام الخالدة، الصالحة لكل زمان ومكان، وصدق الله العظيم إذ يقول : **﴿ما فرطنا في الكتاب من شيء﴾** [1] **﴿ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء﴾** [2].

بينما جاءت هذه الأحكام في القانون الوضعي قاصرة؛ إذ إن قانون الوصية لم ينص إلا على أربع حالات فقط من الحالات التي يمكن أن تقع الوصية فيها مجهولة.

وقد رأينا أن المادة ٩١٥ مدني قد أحالت ما لم يرد بشأنه نص في قانون الوصية، على الشريعة الإسلامية، وأن المذكرة التفسيرية لقانون الوصية قد اعتبرت الراجح من مذهب أبي حنيفة هو الواجب التطبيق في هذه الحالة. ولا شك أن هذا المسلك مخالف لحيثيات ودواعي إصدار قانون الوصية الحالي. وأن الأمر يستلزم إصدار ما تكمل به أحكام هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، إلا ما أيده الدليل الصحيح أو تحققت معه المصلحة.

ذلك أن الله تعالى قد اقتضت حكمته، أن تختلف اتجاهات الفقهاء، وتتفاوت عقولهم في فهم كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، واستنباط الأحكام منها، ولا يخفى أن لهذا التفاوت أثره الطيب على العباد في طول البلاد الإسلامية وعرضها، وصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ يقول : "**اختلاف أمتي رحمة**"[3]. فربما

---

(1) سورة الأنعام، من الآية (٣٨).

(2) سورة النحل، من الآية (٨٩).

(3) الحديث ذكره الإمام السيوطي في الجامع الصغير بلفظه. وقال : "أخرجه نصر المقدسي في الحجة، والبيهقي في الرسالة الأشعرية بغير سند. وأورده الحليمي والقاضي حسين وإمام الحرمين وغيرهم. ولعله خُرج في بعض كتب الحفاظ التي لم تصل إلينا". وقال المناوي : "وأسنده – البيهقي – في المدخل وكذا الديلمي في مسند الفردوس كلاهما من حديث ابن عباس مرفوعًا بلفظ "اختلاف أصحابي رحمة" قال : "واختلاف الصحابة في حكم اختلاف الأمة". ونقل العجلوني في كشف الخفاء

صلحت أحكام مذهب من هذه المذاهب في بلد دون آخر، وربما صلحت في البلد الواحد في فترة دون أخرى. وأيضًا قد يصلح الراجح من أقوال المذهب الواحد في مكان دون آخر، أو في زمان دون آخر، وهكذا.

وفي هذه الحالة سيترتب على الالتزام بمذهب واحد، أو بالقول الراجح في هذا المذهب، حرج شديد، وهذا الحرج مرفوع بنص الشرع، فلقد قال تعالى : **﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾**[1]،وقال تعالى أيضًا:**﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾**[2].

وهذا ما حدا بالمقنن إلى إصدار قانون الوصية هذا. يقول الأستاذ الدكتور السنهوري[3] في ذلك : "وقد كانت المحاكم الشرعية قبل صدور هذا القانون، تطبق في

=عن يحيى بن سعيد قوله : "قرأت بخط شيخنا – يعني الحافظ ابن حجر – أنه حديث مشهور على الألسنة". وكان بعضهم قد ضعفه وقال بأنه لا أصل له. لكن الخطابي قد ذكره في غريب الحديث مستطردًا وقال : – كما نقل عنه العجلوني وغيره – : "اعترض على هذا الحديث رجلان أحدهما ما جن والآخر ملحد، وهما إسحاق الموصلي وعمرو بن بحر الجاحظ وقالا : لو كان الاختلاف رحمة لكان الاتفاق عذابًا" قال العجلوني : "ثم تشاغل الخطابي برد كلامهما ولم يشف في عزو الحديث، لكنه أشعر بأن له أصلاً عنده) (راجع : الجامع الصغير للسيوطي وفيض القدير للمناوي معه ٢٠٩/١، ٢١٠، ٢١٢ ط دار المعرفة – بيروت سنة ١٣٩١هـ – ١٩٧٢م، كشف الخفا ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس للعجلوني الجراحي ٦٤/١، ٦٥، ٦٦ (١٥٣) ط دار إحياء التراث العربي – بيروت – ط٢ سنة ١٣٥١هـ، كنز العمال للمتقي الهندي كتاب العلم ١٣٦/١٠ (٢٨٦٨٦)، تخريج أحاديث مختصر المنهاج في أصول الفقه للحافظ العراقي ص٢٦ تحقيق السيد صبحي البدري السامرائي ط دار الكتب السلفية بالقاهرة، تمييز الطيب من الخبيث فيما يدور على ألسنة الناس من الحديث لعبدالرحمن بن على بن محمد بن عمر الشيباني الشافعي المعروف بابن الدَّيْبَع دراسة وتحقيق محمد عثمان الخشن ص٢٧ ط مكتبة ابن سينا للنشر والتوزيع). **والاختلاف المقصود في الحديث**، هو ما كان في الفروع، كالاختلاف في الحل والحرمة ونحوهما؛ إذ الاختلاف على ثلاثة أقسام : **أحدها** : في الأصول، ولا شك أنه بدعة وضلالة، **والثاني** : في الآراء والحروب، وهو حرام أيضًا؛ لما فيه من تضييع المصالح. **والثالث** : في الفروع، وهو المقصود في الحديث؛ حيث يجوز التقليد للجاهل والأخذ بالرخص من أقوال العلماء بعض الأوقات عند مسيس الحاجة من غير تتبع للرخص، ومن هذا الوجه يصح أن يقال : الاختلاف رحمة؛ إذ الرخص رحمة.أهـ ملخصًا من كتاب الإبهاج في شرح المنهاج لتاج الدين السبكي نقلاً عن والده الإمام على بن عبدالكافي السبكي ٢١/٣، ٢٢ تحقيق د. شعبان محمد إسماعيل – مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٤٠٢هـ – ١٩٨٢م.

[1] سورة البقرة، من الآية (١٨٥).

[2] سورة الحج ، من الآية (٧٨).

(٣) هو الأستاذ الكبير الدكتور عبد الرزاق بن أحمد السنهورى ، كبير علماء القانون المدني في عصره ، مصري ، ولد في الإسكندرية سنة ١٣١٢ هـ – ١٨٩٥ م ، وابتدأ حياته موظفاً في جمركها ، وتخرج بالحقوق في القاهرة سنة ١٩١٧ ، واختير في بعثة إلى فرنسا سنة ١٩٢١ فحصل على الدكتوراه في القانون والاقتصاد والسياسة سنة ١٩٢٦ وتولى وزارة المعارف بمصر عدة مرات ، ومنح لقب" **باشا** " واختير عضواًبمجمع اللغة العربية سنة ١٩٤٦ ، وعين رئيساً لمجلس =

الوصية أحكام المذهب الحنفي في أرجح أقواله، وكانت هذه الأحكام غير مقننة. وقد رُؤى حتى قبل إدماج المحاكم الشرعية في المحاكم الوطنية، أن هناك حرجًا شديدًا في الاقتصار على أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة - رحمه الله -؛ فهناك مسائل في المذهب الحنفي، وقع فيها اختلاف في ترجيح الأقوال، أو لم ينص على ترجيح، وتضاربت الأحكام باختلاف نظر القضاة، وهناك حوادث تدعو المصلحة إلى أن يكون الحكم فيها بالمرجوح من أقوال المذهب الحنفي، أو بأحكام المذاهب الأخرى، فاستقر الرأى على وضع تقنين شامل للأحوال الشخصية، وللأوقاف، والمواريث، والوصية تختار أحكامه من المذاهب الإسلامية المختلفة، ويراعى فيها ما يلائم حالة البلاد، وما يساير رقيها الاجتماعي ..."[1].

وإذا كان قانون الوصية قد صدر قاصرًا على هذا النحو، فإننا نرى أنه من الواجب تكميله بنصوص تراعى فيها تلك الحيثيات، دون التقيد بمذهب معين، إلا ما عضده الدليل، وتحققت معه المصلحة.

=الدولــة بمصــر سنة ١٩٤٩ - ١٩٥٤ واضطهد مدة قصير ، ووضع قوانين مدنية كثيرة لمصر والعراق وسورية ولبنان والكويــت وحصــل سنة ١٩٧٠ على جائزة الدولة التقديرية في العلوم الاجتماعية . وتوفى بالقاهرة سنة ١٣٩١ هـ - ١٩٧١م له مؤلفات كثيرة منها : " نظرية العقد في الفقه الإسلامي " و " الوسيط في شرح القانون المدني " و " مصادر الحق في الفقه الإسلامي " وغيرها . (الأعلام للزركلي ٣/٣٥٠) .

[1] د. السنهوري - الوسيط ٩/٨٠ ف٢٣، ٢٠٦ ف٧٣ ط سنة ١٩٦٨م.

المبحث الثاني
أحكام الدعوى بالمجهول في
مجال الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني

تمهيد :

الهبة في اللغة : العطية الخالية من الأعواض، فإن كثرت سمي صاحبها وهّابًا[١].

وفي عرف الفقهاء : تمليك في الحياة بغير عوض[٢].

وفي القانون المدني : عرفتها المادة ٤٨٦ منه بقولها :

١- الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في ماله دون عوض.

٢-ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين.

ومن تطبيقات دعوى المجهول في مجال الهبة في الفقه الإسلامي : دعوى الهبة المجهولة، ودعوى الثواب المجهول عن هبة الثواب المجهول والهبة المطلقة.

وينبغي علينا قبل بيان هاتين الدعوتين وما يجب أن يُحكم به فيهما، أن نبين أولاً حكم هبة المجهول، ومشروعية هبة الثواب المجهول، واقتضاء الهبة المطلقة للثواب؛ لأن هاتين الدعوتين مبنيتين على هذه الأحكام؛ فصحة هبة المجهول تستلزم حتمًا جواز الدعوى بها مجهولة والعكس صحيح، وصحة هبة الثواب المجهول، واقتضاء الهبة المطلقة للثواب يستلزمان حتمًا جواز الدعوى بهذا الثواب مجهولاً، والعكس صحيح أيضًا.

هذا وقد ذكرت المذكرة التفسيرية للقانون المدني، أن الأحكام الموضوعية للهبة في هذا القانون، مستمدة من الشريعة الإسلامية، وبخاصة كتاب الأحوال الشخصية **لقدري باشا**[٣].

---

[١] لسان العرب مادة "وهب" ٨٠٣/١، المعجم الوسيط ١٠٥٩/٢.

[٢] المغني مع الشرح الكبير ٢٧٣/٦، الكافي لابن قدامة ٤٦٤/٢، البيان للعمراني ١٠٧/٨.

[٣] مجموعة الأعمال التحضرية ٢٤٢/٤ وقدرى باشا هو محمد قدرى " باشا " من رجال القضاء في مصر ، ولد بها في " ملوى " سنة ١٢٣٧ هـ - ١٨٢١م ، وأصل أبيه من الأناضول ، تعلم بملوى والقاهرة ، ودخل مدرسة الألسن فأتم فيها دروسه . ونبغ في معرفة اللغات ، واختاره الخديو مربياً لولى عهده ، وتقلب في المناصب ، فكان مستشاراً في المحاكم المختلطة ،وناظراً للحقانية ، ثم وزيراً للمعارف ، فوزيراً للحقانية . وتوفى سنة ١٣٠٦ هـ - ١٨٨٨م ، ومن مؤلفاته : " مرشد الحيران في المعاملات الشرعية " و " قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف " و " الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية " وغيرها . (الأعلام ١٠/٧) .

وإذا كان هذا ما ذكرته المذكرة التفسيرية للقانون المدني، فإنه يجب علينا التأكيد على أن كتاب الأحوال الشخصية لقدري باشا - رحمه الله - ليس هو الناطق الوحيد برأى الشريعة الإسلامية في هذا المجال، كما أنه ليس الممثل الوحيد للفقه الإسلامي فيه. فالشريعة الإسلامية - كما هو معروف - إن هي إلا قرآن وسنة، والفقه الإسلامي، إن هو إلا اجتهادات لفقهاء الإسلام في إطار هذين الأصلين الجليلين، والمعروف أنه يتكون من عدة مذاهب. وحتى نتمكن من معرفة الرأى الفقهي الصحيح الذي يعضده الدليل الشرعي من الكتاب والسنة، لابد وأن نستعرض آراء الفقهاء - كما هو منهجنا دائمًا - متبوعة بأدلتها والمناقشات التي دارت حولها؛ لنخرج بالراجح من هذه الآراء.

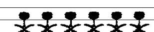
وبعد ذلك نبين الرأى القانوني في كل من هذه المسائل، ثم نعقد موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في هذا المجال؛ وذلك وفقًا للتقسيم التالي :

المطلب الأول : مشروعية هبة المجهول، والدعوى بها في الفقه الإسلامي، وموقف القانون المدني منها.

المطلب الثاني : مشروعية هبة الثواب، ودعوى الثواب في الفقه الإسلامي، وموقف القانون المدني منها.

المطلب الثالث : اقتضاء الهبة المطلقة للثواب، والدعوى به في الفقه الإسلامي، وموقف القانون المدني من ذلك.

المطلب الرابع : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في الدعوى بالمجهول في مجال الهبة.



المطلب الأول

مشروعية هبة المجهول والدعوى بها

في الفقه الإسلامي. وموقف القانون الوضعي من ذلك

نبين أولاً مشروعية هبة المجهول والدعوى بها والحكم فيها في الفقه الإسلامي، ثم نثني ذلك ببيان موقف القانون الوضعي من هبة المجهول والدعوى بها، وذلك في فروع ثلاثة :

الفرع الأول : مشروعية هبة المجهول في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني : مشروعية دعوى هبة المجهول والحكم فيها في الفقه الإسلامي.

الفرع الثالث : موقف القانون الوضعي من هبة المجهول والدعوى بها.



الفرع الأول
مشروعية هبة المجهول
في الفقـــه الإســـلامي

هبة المجهول ، هي الهبة التي لم يتحدد فيها الشيء الموهوب تحديدًا كافيًا للعلم به.

وقد اختلف الفقهاء في مشروعية هذه الهبة إلى ثلاثة آراء :

الرأى الأول : يرى أصحابه أنها مشروعة مطلقًا، سواء تعذر العلم بالموهوب عند انعقاد العقد، أو لم يتعذر. إلى هذا ذهب المالكية، وبعض الحنابلة منهم الشيخ تقى الدين[١]، وبه يقول الزيدية إذا فسر الواهب هبته من بعد[٢]، وهو أيضًا احتمال لابن قدامة إذا كانت الجهالة بالموهوب في حق الموهوب له[٣].

الرأى الثاني : يرى أصحابه أنها غير مشروعة مطلقًا، وإليه ذهب الحنفية، والشافعية، والظاهرية، وبعض الحنابلة، وبه قال الزيدية إذا لم يفسر الواهب هبته بعد العقد، وهو أيضًا احتمال لابن قدامة إذا كانت الجهالة في حق الواهب[٤].

الرأى الثالث : يفرق أصحابه بين ما إذا كان يتعذر العلم بالموهوب عند العقد، وما إذا كان يمكن العلم به، فتصح عندهم في الحالة الأولى دون الثانية. وإلى هذا ذهب الحنابلة في صحيح مذهبهم[٥].

---

[١] إلا أن ابن القاسم من المالكية يرى أن هذا العقد غير لازم، فيجوز للواهب في هذه الحالة الرجوع في هبته. (مواهب الجليل والتاج والإكليل ٦/٨، الكافي لابن عبدالبر ص٥٢٩، بداية المجتهد ٣٩٣/٢، حاشية الدسوقي ٩٩/٤، الإنصاف للمرداوي ١٢٣/٧، ١٢٤).

[٢] أى أنها عندهم عقد موقوف على تفسير الواهب. (السيل الجرار ٢٩٣/٣).

[٣] المغني ٢٨٨/٦.

[٤] المبسوط للسرخسي ٧٤/١٢، البيان للعمراني ١٢١/٨، الحاوي ٥٣٤/٧، مغني المحتاج ٥٤١/٢، شرح المحلي ٣/ ١١٢، كفاية الأخيار ٤١٦/٢، المغني ٢٨٨/٦، منار السبيل ١٤/٢، الكافي لابن قدامة ٤٦٦/٢، الإنصاف ١٢٣/٧، السيل الجرار ٢٩٤/٣، المحلي لابن حزم ١١٦/٩.
وقد استثنى الشافعية بعض مسائل أجازوا فيها هبة المجهول مردها في الغالب إلى حالة الضرورة منها أ- ما إذا لم تعلم الورثة مقدار ما لكل منهم من الإرث، كما لو خلف ولدين أحدهما خنثى، فلو اصطلح هذان الولدان على تساوٍ أو تفاوت في مقدار إرث كل منهما جاز، وفي هذه الحالة لابد أن يجري بينهما تواهب، وهذا التواهب لا يكون إلا عن جهالة؛ لتعذر العلم بالمقدار أو النوع الحقيقي للشيء الموهوب. ب- ما إذا اختلط حمام برجين، فوهب صاحب أحدهما نصيبه للآخر، فإنه يصح على الصحيح وإن كان مجهول القدر والصفة؛ للضرورة. ومثل ذلك ما لو اختلطت حنطته بحنطة غيره، أو مائعه بمائع غيره، أو ثمرته بثمرة غيره. جـ-الثمار قبل بدو صلاحها تجوز هبتها كذلك من غير شرط القطع، وكذا الزرع الأخضر قبل اشتداد الحب. (مغني المحتاج ٥٤١/٢، حاشيتا قليوبي وعميرة ١١٢/٣).

[٥] الإنصاف ١٢٣/٧، المحرر ٣٧٤/١.

الأدلة والمناقشات:

أدلة الرأى الأول:

استدل أصحاب الرأى الأول على مشروعية هبة المجهول مطلقًا، بالسنة والمعقول:

أما السنة: فما روى عن أنس قال: جُمع السبيُ – يعني بخيبر – فجاء دحية[1]: فقال يا رسول الله أعطني جارية من السبى[2]. قال: **"اذهب فخذ جارية"**. فأخذ صفية بنت حُيَي"[3]. فجاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا نبى الله، أعطيت دحية صفية بنت حيى سيد قريظة والنضير، وما تصلح إلا لك. قال: **"ادعوه بها"**. فلما نظر إليها النبي صلى الله عليه وسلم قال له: **"فخذ جارية من السبى غيرها"** وأن النبي صلى الله عليه وسلم أعتقها وتزوجها[4].

وجه الدلالة من الحديث: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد وهب الصحابى الجليل دحية الكلبى، جارية من السبى دون أن يعينها، وتلك هبة مجهولة، فدل على أن هبة المجهول جائزة؛ إذ لو لم تكن جائزة، لما فعلها النبي صلى الله عليه وسلم، لكنه فعلها، فدل على جوازها[5].

---

(1) هو دحية بن خليفة بن فروة بن فضالة الكلبى، صحابى مشهور أول مشاهده الخندق، وقيل: أحد. وكان يضرب به المثل في حسن الصورة، وكان جبريل عليه السلام ينزل على صورته. وهو رسول النبي صلى الله عليه وسلم إلى قيصر، فلقيه بحمص أول سنة سبع أو آخر سنة ست. وعاش إلى خلافة معاوية رضى الله عنه (الاصابة لابن حجر ٢ / ١٦٢، أسد الغابة ٦/٢).

(2) السبي: ما أخذ من العبيد والإماء. (حاشية السندي على سنن النسائي ١٣٣/٨ط دار الكتب العلمية – بيروت).

(3) هي أم المؤمنين صفية بنت حيى بن أخطب بن سعية بن ثعلبة بن عبيد بن كعب بن الخزرج يتصل نسبها إلى نبى الله هارون عليه السلام كانت زوج سلام بن مشكم اليهودى، ثم خلف عليها كنانة بن أبي الحقيق، فقتل عنها يوم خيبر، وسبيت في فتح خيبر، واصطفاها النبي صلى الله عليه وسلم لنفسه وحجبها واعتقها وتزوجها وقسم لها، وكانت عاقلة من عاقلات النساء. وتوفيت سنة ٣٦ وقيل سنة ٥٠ هـ. (أسد الغابة ١٦٩/٦ (٧٠٥٥)، الإصابة ١٢٦/٨ (٦٤٧)، سير أعلام النبلاء ٢٣١/٢ (٢٦)).

(4) رواه الأئمة: البخاري في صحيحه كتاب المغازي باب ٣٨ غزوة خيبر ٥٣٦/٧ (٤٢٠٠)، مع الفتح، ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح باب (١٤) ٢١٨/٩ وما بعدها (١٣٦٥/٨٤)، وأبو داود في سننه كتاب الخراج والإمارة والفئ باب ما جاء في سهم الصفى ١٥٣/٣ (٢٩٩٨)، والنسائي في سننه كتاب النكاح باب البناء في السفر ١٣١/٨، ١٣٢، ١٣٣، ١٣٤. واللفظ لأبي داود.

(5) المحلي لابن حزم ١١٦/٩.

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث، بأنه استدلال غير صحيح، وأن هذا الحديث يصلح دليلاً للرأى الثاني لا الأول. يقول ابن حزم في ذلك : "هذا أعظم حجة لنا؛ لأن العطية لو تمت، لم يرتجعها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وحاشا له من ذلك؛ ليس له المثل السوء، وهو عليه الصلاة والسلام يقول : "**لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة، ثم يرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يرجع في عطيته أو هبته، كمثل الكلب، يأكل فإذا شبع قاء، ثم عاد فيه**"[1]. لكن أخذها، وتمام ملكه لها، وكمال عطيته عليه السلام له، إذ عرف عليه الصلاة والسلام عينها أو صفتها أو قدرها ومن هي؟" أهـ[2].

وأجيب عن هذه المناقشة : بأنها غير صحيحة لوجهين :

أحدهما : أن الحديث قد ورد في صحيح مسلم[3] من طريق حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس برواية أخرى وفيها : "أنه عليه الصلاة والسلام اشترى صفية من دحية وقد وقعت في سهمه بسبعة أرؤس"[4]. وقد أورد ابن حزم نفسه هذه الرواية[5]. وهي تقتضي أن صفية كانت قد دخلت في ملك دحية رضى الله عنها، وإلا ما اشتراها منه رسول الله صلى الله عليه وسلم[6].

---

(١) رواه أبو داود والترمذي والنسائي، وابن ماجه والبيهقي والحاكم، بسندهم إلى ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم: قال الترمذي "حسن صحيح". ورواه النسائي وابن ماجة أيضًا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ : "لا يرجع أحد في هبته إلا الوالد من ولده، والعائد في هبته كالعائد في قيئه". (سنن أبي داود ٢٩١/٣ (٣٥٣٩)، صحيح الترمذي مع التحفة ٢٧٦/٦، ٢٧٧ (٢٢١٤، ٢٢١٥)، سنن النسائي، كتاب الهبة ٢٦٤/٦، ٢٦٥، سنن ابن ماجة ٧٩٥/٢، ٧٩٦ (٢٣٧٧، ٢٣٧٨)، السنن الكبرى للبيهقي كتاب الهبات ١٧٩/٦، ١٨٠، المستدرك للحاكم كتاب البيوع ٤٦/٢).

(٢) المحلي ١١٦/٩، ١١٧.

(٣) هو مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، أبو الحسن النيسابوري، الإمام الحافظ صاحب "الصحيح" روى عن قتيبة، وعمرو الناقد، وابن المثنى، وابن يسار وغيرهم. وعنه الترمذي، وأبو عوانة، وابن صاعد وغيرهم. قال أحمد بن سلمة : رأيت أبا زرعة وأبا حاتم يقدمان مسلم بن الحجاج في معرفة الصحيح على مشايخ عصرهما". وكتابه الصحيح ثاني الكتب الستة في الحديث، بعد صحيح البخاري. قال الإمام النووي : "اتفق العلماء على أن أصح الكتب بعد القرآن الكريم، الصحيحان : صحيح البخاري وصحيح مسلم وتلقاهما الأئمة بالقبول، وكتابه البخاري أصحهما صحيحًا وأكثرهما فوائد." وله من الكتب غير الصحيح : "الجامع على الأبواب" و"الأسماء والكنى" م"التميز" و"العلل" و"الوجدان" وغيرها وتوفي في رجب سنة ٢٦١هـ. (تهذيب الأسماء واللغات ٨٩/٢، شذرات الذهب ١٤١/٢، وفيات الأعيان ١٩٤/٥، طبقات الحفاظ للسيوطي ص٢٦٠ (٥٩٢)، النووي في شرحه على مسلم ١٤/١).

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي كتاب النكاح باب (١٤) ٢٢٣/٩، ٢٢٤ (١٣٦٥/٨٧).

(٥) المحلى ١١٧/٩.

(٦) فتح الباري لابن حجر ٥٣٧/٧.

والثاني : أن المصلحة العامة كانت تقتضي من النبي صلى الله عليه وسلم ارتجاعها من دحية بعد دخولها في ملكه؛ واختصاصه صلى الله عليه وسلم بها؛ ذلك أنه لما قيل للنبي صلى الله عليه وسلم : إنها بنت ملك من ملوكهم، ظهر له أنها ليست ممن توهب لدحية؛ لكثرة من كانوا في الصحابة مثل دحية وفوقه، وقلة من كان في السبى مثل صفية في نفاستها، فلو خصه بها، لأمكن تغير خاطر بعضهم، فكان من المصلحة العامة ارتجاعها منه، واختصاص النبي صلى الله عليه وسلم بها، فإن في ذلك رضا الجميع، وليس ذلك من الرجوع في الهبة من شيء[١].

ورد على الوجه الأول من هذا الجواب : بأن هذه الرواية صحيحة، لكن لابد من الجمع بينها وبين الرواية الأخرى، وذلك يكون بما يلي :

أن قوله : "**إنها وقعت في سهمه**" إنما معناه : بأخذه إياها إذ سأل النبي صلى الله عليه وسلم جارية من السبى. فقال له : "**إذهب فخذ جارية**، ولا شك أن من أخذ شيئًا لنفسه بوجه صحيح، فقد وقع في سهمه

وقوله : " **اشتراها عليه الصلاة والسلام بسبعة أرؤس** " يخرج على أحد وجهين:

أحدهما : أنه صلى الله عليه وسلم عوضه منها ، فسمى أنس رضى الله عنه ذلك الفعل شراء.

والثاني : أن دحية رضى الله عنه إذ أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال له : "**خذ غيرها**" على سبيل المجاز"[٢] ، قد سأله إياها ، وكان صلى الله عليه وسلم لا يُسأل شيئاً إلا أعطاه ، فأعطاه إياها ، فصحت له ، وصح وقوعها فى سهمه ، ثم اشتراها منه بسبعة أرؤس[٣]. قال ابن حزم :" ولا شك فى صحة الخبرين ، ولا يمكن الجمع بينهما لصحتهما إلا كما ذكرنا ، وما لا شك فيه ، فلا شك فيما لا يصح إلا به "[٤]

ويمكن أن يجاب على هذا الرد : بأنه لا يمكن أن يرد به الاستدلال بالحديث ، بل إنه يتأيد به هذا الاستدلال ، لوجهين :

أحدهما : أن هذا ما يقتضيه قولهم : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم عوضه منها ، إذ التعويض لا يكون إلا فى معوض مملوك للمعاوض ، وتملك دحية لصفية رضى الله عنهما كان بهبة النبى صلى الله عليه وسلم ليس إلا ، وكانت هذه الهبة مجهولة

---

(١) المرجع السابق ٥٣٧/٧ .

(٢) المحلى ١١٧/٩ ، فتح الباري ٥٣٧/٧ .

(٣) المحلى ١١٧/٩ .

(٤) المحلى ١١٧/٩ .

والثانى : أن الوجه الثانى من وجهى الجمع اللذين ذكروهما ، يقتضى أن النبى صـــلى الله عليه وسلم كان قد تصدق بصفية على دحية ، وهذا ليس صحيحاً ، إذ لو كان كذلـــك ، لما اشتراها منه النبى صلى الله عليه وسلم بعد ذلك ، لأنه صلى الله عليه وسلم نهى المتصدق عن أن يشترى ما تصدق به ، وذلك فى الحديث المتفق عليه عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: حملت على فرس فى سبيل الله ، فأضاعه الذى كان عنده ، فـــأردت أن أشتريه – وظننت أنه يبيعه برخص – فسألت النبى صلى الله عليه وسلم فقال :" **لا تشتره ولا تعد فى صدقتك وإن أعطاكه بدرهم ، فإن العائد فى صدقته ، كالعائد فى قيئه** "[1].

وبهذا يثبت أن الاستدلال بحديث أنس رضى الله عنه صحيح ولا غبار عليه .

٢-مـــا روى عـــن جابر[2] رضى الله عنه أنه قال: قال لي رسول الله صلى الله عليه وســـلم:" **لو قد جاء مال البحرين لقد أعطيتك هكذا وهكذا وهكذا** " فلم يجئ حتى قُـــبض النبى صلى الله عليه وسلم ، فلما جاء مال البحرين ، أمر أبو بكر منادياً فنادى : مـــن كـــان له عند رسول الله صلى الله عليه وسلم دين أو عِدَة فليأتنا . فأتيته فقلت : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لى كذا وكذا . فحثا لى حثية وقال : عُدَّها . فوجدتها خمسمائة . فقال : خذ مثلها مرتين[3] .

وجه الدلالة من هذا الحديث ظاهر ، حيث إن النبي صلى الله عليه وسلم قد أشار لجابر رضى الله عنه – كما جاء في رواية للبخاري – "**فبسط يديه ثلاث مرات** "

---

(١) رواه الأئمة : البخاري في صحيحه كتاب الزكاة – مختصر صحيح البخاري للزبيدى ص ١٧٩ (٧١٦) – مكتبة الإيمان – المنصورة ، ومسلم في صحيحه كتاب الهبات باب (١) ٦٢/١١ ، ٦٣ (١٦٢٠/١) ، (٢، ٣ / ١٦٢١) ، وأحمد في مسنده ٢٥/١ ، والنسائي في سننه كتاب الزكاة باب شراء الصدقة ١٠٨/٥ ، ١٠٩ .

(٢) هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن كعب بن غنم الأنصارى السلمى ، أبو عبد الله . وقيل: أبو عبد الرحمن . صحابي جليل شهد بدراً واحداً والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان من المكثرين فى الحديث الحافظين للسنن ، روى عنه محمد بن على بن الحسين " وعمرو بن دينار ، وأبو الزبير المكى ، وغيرهم . وتوفى سنة ٧٤هـــ وقيل : ٧٧هـــ . عن عمر بلغ ٩٤ سنة . (أسد الغابة١/٣٧ (٦٤٧) ، الإصابة ٢٢٢/١ (١٠٢٢) ، تجريد أسماء الصحابة ١/ ٧٣(٦٨٣) ، شذرات الذهب ٨٤/١ ، تذكرة الحفاظ ٤٣/١) .

(٣)رواه البخارى فى كتاب الهبة باب ١٨ إذا وهب هبة أو وعد ثم مات قبل أن تصل إليه ٢٦٢/٥ (٢٥٩٨) ، كتاب فرض الخمس باب ١٥ ومن الدليل على أن الخمس لنوائب المسلمين ٢٧٣/٦ ، ٢٧٤ (٣١٣٧) ، ومسلم فى صحيحه كتاب الفضائل باب فى سخائه صلى الله عليه وسلم ٧٣/١٥ ، ٧٤ (٢٣١٤/٦٠) وأحمد في مسنده ٣٠٧/٣ .

بمـــا سيهبه له لو جاء مال البحرين ، ولم يبينه على وجه التحديد[١]، ولا شك أن هذه هبة مجهولة . فدل ذلك على جوازها ، إذ لو لم تكن جائزة ، لما فعلها ، أو لما وعد بها النبي صلى الله عليه وسلم .

وقد نوقش هذا الاستدلال : بأنه غير صحيح ، لأن هذا مجرد وعد من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لا هبة وهو وعد على وصف وقد أنفذه أبو بكر رضى الله عنه بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم ، لما هو معلوم من أن وعده صلى الله عليه وسلم لا يجوز أن يخلف[٢].

ويمكـن أن يجـاب عـن ذلك : بأنه حتى وإن كان وعداً من رسول الله صلى الله علـيه وسـلم ، فإن دلالته على جواز هبة المجهول واضحة ، لأن وعده صلى الله عليه وسـلم حـق ، فمجرد صدور الوعد بالهبة منه صلى الله عليه وسلم بهذه الصيغة ، دليل على جواز هبة المجهول .

وأما المعقول فمن وجهين :

أحدهما : أن الهبة عقد تبرع ، فصح في المجهول كالنذر والوصية[٣].

وقـد نوقـش هـذا بأن القياس على النذر والوصية قياس مع الفارق فلا يصح ، وبـيان الفـارق أن الهبة عقد تمليك ، فلا يصح تعليقه بالشروط ، فلا يصح في المجهول كالبيع ، بخلاف النذر والوصية[٤].

ويجـاب عـن ذلـك : بأن الهبة وإن كانت عقد تمليك انتهاء ، إلا أنها عقد تبرع ابتداء ، حيث لا مقابل لها ولا عوض ، فهي بالنذر والوصية أشبه منها بالبيع

والوجـه الـثاني : وهــو ما استدل به ابن قدامة على احتمال الجواز إذا كانت الجهالة في جانب الموهوب له ،

---

(١) المحلى لابن حزم ١١٧/٩.

(٢) المحلى ١١٧/٩ ، فتح الباري ٢٦٣/٥ .

(٣) المغني والشرح الكبير ٢٨٦/٦ ، ٢٨٨ .

(٤) المرجعان والموضعان السابقان .

وهو أن الغرر فى الهبة لا يمنع صحتها وخاصة إذا كانت الجهالة فى جانب الموهوب له ، لأنه لا غرر فى حقه ، فلم يعتبر فى حقه العلم بما وهب له ،كالوصية[١].

أدلة الرأي الثاني :

استدل أصحاب الرأى الثانى على عدم جواز هبة المجهول مطلقاً بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب :فقوله تعالى:﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أمولكم بينكم بالباطل**﴾ [٢]

وجه الدلالة من هذه الآية : أن الله تعالى حرم فيها أكل مال الغير بالباطل ، أى بدون وجه حق ، ومن اتهب هبة مجهولة ، لا يسلم أن يقع تحت هذا الحظر ، حيث إن الواهب قد لا تطيب نفسه بها إن علمها ، فكان لابد من العلم[٣].

وأما السنة : فمـا روى عـن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال " **لا يحل ما ل امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه** " [٤].

وجه الدلالة من الحديث : أن النبى صلى الله عليه وسلم حرم فيه مال الغير إلا إذا طابـت به نفسه ، ونفس المرء لا تطيب إلا بشيءيعلمه ويعلم ما هو وما هى صفاته ومـا مقداره ، وهكذا ، وقد تطيب نفس المرء غاية الطيب على بذل الشيء وبيعه ، ولو علم صفاته وقدره وما يساوى ، لم تطب نفسه به[٥].

ويمكـن مناقشـة هـذا الاسـتدلال – من الكتاب والسنة – بأنه غير صحيح ، لوجهين :

أحدهمـا : أن هذه الأدلة عامة ، خصصتها الأحاديث التى أجازت هبة المجهول ، والتى منها ما استدل به أصحاب الرأى الأول ، إذا إنها أحاديث صحيحة وصريحة فى الدلالة على جواز ذلك ، وهى صالحة للتخصيص .

الـثانى : أنـا لـو سلمنا بأنها باقية على عمومها ، فإنها لا تفيد عدم جواز هبة المجهــول مطلقاً ، فإن هذا القول لا يسوغ ، إلا إذا كان الواهب مكرهاً فى هبته ، مغلوباً علـى أمره ، ففى هذه الحالة وحدها ، يمكن القول بأن الواهب لم تطب نفسه بما وهب ،

---

(١) نفس المرجعين والموضعين .
(٢) من الآية ٢٩ من سورة النساء .
(٣) المحلى لابن حزم ١١٦/٩ .
(٤) سبق تخريجه فى ص ٨٣ .
(٥) المحلى لابن حزم ١١٦/٩ .

أمـــا إذا كان قد وهب غيره في ظروف عادية ، فإن هبته هذه لابد وأن تكون صحيحة ، حـــتى ولو كان الشيء الموهوب مجهولاً ، لأن المفترض مقصده من ذلك هو التقرب إلى الله تعـــالى ، والـــتودد إلى الموهوب له ، وهو لا يفعل ذلك إلا وهو واضع نصب عينيه قو له تعالى : ﴿ **لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون** ﴾[1]. فما المانع من صحة الهبة فـــي هذه الظروف ؟ خاصة والواهب سيوكل إليه في غالب الأحيان – تفسير هبته وبيان مقصده منها .

وأما المعقول فمن وجوه :

أحدها : أن الجهالة قد تفضي إلى المنازعة ، وذلك كما لو قال الواهب للموهوب له: وهبتك حصتي أو نصيبي في هذا البيت ، ولم يسمه أو لم يعينه ، فإن المنازعة قد تقع بين الموهوب له وشركاء الواهب ، والإسلام حريص على إغلاق أبواب المنازعة[2].

ويـناقش هـذا : بـأن احتمال قيام المنازعة بين الموهوب له وشركاء الواهب ، احتمال ضعيف خاصة في هذه الأيام ، التي كثر فيها وانتشر توثيق العقود ، وبيان حصة كل شريك في عقد الشركة على وجه التحديد ، من الثلث أو السدس أو الربع أو غير ذلك ، فكل ما في الأمر إن وقعت هبة بحصة مجهولة ، أن الموهوب له ، سيحل محَلّ الواهب في امتلاك حصته ، ولا نزاع ينشب عن هذا .

والوجه الثاني : أن المجهول لا يجوز تمليكه بشيء من العقود قصداً ، والهبة عقد كأي عقد ، وبالتالي فلا يجوز تمليك المجهول فيها[3].

والثالث : أن الهبة عقد تمليك ، لا يصح تعليقه بالشروط ، فلم يصح في المجهول كالبيع[4].

ونوقش هذان الوجهان : بقيام الفرق بين البيع وغيره من عقود المعاوضات ، وعقد الهبة،إذ إن عقد الهبة عقد تبرع ، فصح في المجهول ، كالنذر والوصية بخلاف البيع[5]

والوجه الرابع : وهو ما استدل به ابن قدامة على احتمال عدم الجواز إذا كانت الجهالة في جانب الواهب : أن هبة المجهول تحتوي على غرر ، وخاصة لو كانت الجهالة في حق الواهب ، والغرر منهي عنه[6].

---

(١) من الآية ٩٢ من سورة آل عمران .
(٢) المبسوط للسرخسي ٧٤/١٢ .
(٣) المرجع السابق ٧٤/١٢ .
(٤) المغني والشرح الكبير ٢٨٦/٦ ، ٢٨٨ ، الكافي لابن قدامة ٤٦٦/٢ ، البيان ١٢١/٨ .
(٥) المغني والشرح الكبير ٢٨٦/٦ ، ٢٨٨ .
(٦) المغني والشرح الكبير ٢٨٦/٦ ، ٢٨٨ .

ويناقش هذا بأن المفارقة بين جهل الواهب وجهل الموهوب له ، مفارقة لا أساس لها ، والدليل على خلافها ، فحديث أنس وحديث جابر رضى الله عنهما يدلان على جواز هبة المجهول .

كما أنه حتى وإن اشتملت على غرر ، فإنه غرر يغتفر ، إذ الهبة عقد تبرع ، يقصد به البر والإحسان فيغتفر فيها الغرر ، حيث لا يفضى إلى منازعة . يقول ابن تيمية – رحمه الله- :" إن الغرر هو جهل العاقبة ، فكل عقد جهلت عاقبته فيه غرر ، والتصرفات بالنظر إلى الغرر ثلاثة أنواع: **أحدها** : ما هو إحسان صرف ، لا يقصد به تنمية المال ، كالصدقة والهبة والإبراء والضمان . **وثانيها** : ما هو معاوضة يقصد بها تنمية المال ، كالبيع والإجارة . **والثالث** : ما كان وضعه بين النوعين السابقين ، فلم يتمحض للمعاوضة ولا للإحسان ، كالنكاح ، إذ المال غير مقصود به ، وإنما المقصود منه المودة والألفة والولد ، وليس المال فيه تبرعاً محضاً ، وليس للغرر فى النوع الأول تأثير فى صحته ونفاذه ، إذ قد اقتضت حكمة الشارع وحثه على البر والإحسان فيه بكل طريق دون أن يمنع من نفاذه غرر ، إذ إن ذلك أيسر لوقوعه ، ولهذا صحت الوصية مع الجهالة والغرر ، كالوصية بسهم من المال ، وصح الإبراء مع جهالة المبرئ مقدار الدين الذى أسقطه ....".[1]

أدلة الرأى الثالث :

استدل أصحاب الرأى الثالث على التفريق بين حالتى تعذر العلم بالشيء الموهوب وقت العقد ، وعدم تعذر العلم به ، والقول بجواز هبة المجهول فى الحالة الأولى ، وعدم جوازها فى الحالة الثانية ، بالمعقول ، وهو أن هبة المجهول فى الحالة الأولى ، تكون أشبه بالصلح على المجهول إذا كان مما لا سبيل إلى معرفته ، وإذا كان الصلح على المجهول جائزاً فى هذه الحالة ، فكذلك تجوز هبة المجهول فيها ، والجامع بينهما أن كلا منهما يعتبر تنازلاً عن حق لآخر[2].

أما فى الحالة الثانية ، فلا تجوز هبة المجهول، قياساً على البيع ، إذ كل منهما عقد ناقل للملكية ، فوجب فيه العلم بالمحل[3].

---

(١) مجموعة الفتاوى لابن تيميه ٢٥/٢٩ مطبعة العاصمة – القاهرة – ونحو هذا في المغنى لابن قدامة ٦٦/٤ وما بعدها ، ٢٢٩ – مكتبة الرياض الحديثة .

(٢) المغنى ٢٥/٥ ، الإنصاف ١٢٣/٧ ، المحرر في الفقه ٣٧٤/١ .

(٣) شرح المحلى على المنهاج ١١٢/٣ ، فتح الوهاب للأنصاري ٢٣٦/٣ .

ويناقش هذا الاستدلال بأنه غير صحيح ؛ إذا الحديثان اللذان أفادا جواز هبة المجهول قد وردا عامين فيما يمكن العلم به أو لا يمكن العلم به ، بل إن حديث أنس رضى الله عنه ، فيه دليل على جواز هبة المجهول حتى ولو كان العلم به ممكناً وقت الهبة ، فقد كان بإمكان رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعلم بالجارية التى سيهبها لدحية رضى الله عنه ويحددها قبل الهبة ، لكنه صلى الله عليه وسلم لم يفعل ، ووهبها له وهى مجهولة ، فدل ذلك على الجواز .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن عقد الهبة كما قلنا أقرب إلى النذر والوصية منه إلى البيع ، إذ هو عقد تبرع ابتداء ، بخلاف البيع ، ولما صح نذر المجهول والوصية بالمجهول ، فكذلك لا مانع من صحة هبة المجهول .

الرأى الراجح :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وأدلتهم ، ومناقشتها مناقشة بعيدة عن التحيز يترجح في نظري ما قال به أصحاب الرأي الأول ، من صحة هبة المجهول ، مطلقاً ، وذلك لقوة أدلتهم وصحتها وسلامتها من المعارضة الراجحة ، والمناقشة المفندة .

ولأن فيها نصا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعند ورود النص ، لا مجال للاجتهاد ، خاصة وأن هذا النص صحيح وصريح فى الدلالة على هذا الرأى وهو صالح لتخصيص عموم النصين اللذين استدل بهما أصحاب الرأي الأول - كما سبق بيانه - ، فرسول الله صلى الله عليه وسلم ، لا يقول إلا حقاً ، ولا يعد إلا بحق .

ولتشوّف الشارع الحكيم إلى صدور الهبات والعطايا بين أفراد المجتمع المسلم ، حتى يعم الخير ، وينتشر البر ، وتكون المحبة والمودة والتكاتف والتراحم ، وتلك كلها معان سامية ، ونحن أحوج ما نكون إليها في هذه الأيام التي غلب الشح على أهلها ، وتنامي التجافى بينهم وأحب كل منهم لنفسه ، ما حسد عليه غيره ، وقصر كل منهم تفكيره فى بيته ، لا فى مجتمعه ، بل فى ذاته ، لا فى غيره ، ولا حول ولا قوة إلا بالله . ولا يخفى على أحد ما للهبات من آثار اجتماعية حميدة وجليلة ، تلك الآثار التى قال عنها بعض السلف :" ما استُرضى الغضبان ، ولا استُعطف السلطان ، ولا سُلت السخائم[1] ، ولا دُفعت المغارم ، ولا استميل المحبوب ، ولا تُوُقى المحذور ،بمثل الهدية"[2].

ولأن المسلم مؤاخذ بكلامه ، ومحاسب على ألفاظه ، خيرها وشرها ، جدها وهزلها ، حيث قال تعالى:﴿ **ما يلفظ من قول إلا لديه رقيب عتيد** ﴾[3].

---

(١) السخائم جمع سخيمة ، وهى الحقد والضغينة . (المعجم الوجيز ص ٣٠٥) .

(٢) نقله الإمام محمد علاء الدين أفندى عن الفضل بن سهل رحمه الله فى قرة عيون الأخبار ٤٦٩/٢

(٣) الآية (١٨) من سورة ق .

وإذا كان ذلك كذلك ، فلابد وأن يؤاخذ الواهب بما وهب حتى ولو كان مجهولاً ، خاصة وأن لفظه هذا خير ، وحامل لخير ، وله عليه أجر وثواب **إن شاء الله تعالى** .

ولأن المسلم يجب أن يضع نصب عينيه وهو يتصدق أو يهب لغيره ، قوله تعالى﴿ **لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وما تنفقوا من شئ فإن الله به عليم**﴾[1]، حتى يطمئن قلبه ، ويستريح فؤاده ، لعلمه بأنه لابد حاصل على هذا الثواب الجزيل ، والخير الوفير حين ينفق من احب ماله إليه ، فما عند الله خير وأبقى ، وقد قال سبحانه : ﴿ **ما عندكم ينفد وما عند الله باق** ﴾[2]، وقال تعالى أيضاً : ﴿ **وما أنفقتم من شئ فهو يخلفه وهو** خير الرازقين ﴾[3] ، وقال جل شأنه:﴿ **وما آتيتم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون** ﴾[4]

هـــذا **والله تعالى أعلم** .

******

(١) الآية (٩٢) من سورة آل عمران .
(٢) الآية (٩٦) من سورة النحل .
(٣) الآية (٣٩) من سورة سبأ .
(٤) الآية (٣٩) من سورة الروم .

الفرع الثاني
دعوى الهبة المجهولة
والحكم فيها في الفقه الإسلامي

إذا كنا قد انتهينا إلى أن هبة المجهول مشروعة ،فإن ذلك يستلزم مشروعية الدعوى بها ،فيكون لمن صدرت له هبة مجهولة أن يرفع دعوى يطالب فيها بهذه الهبة ،فيقول :"أدعى على فلان شيئاً أو نصيباً أو حظاً ، قد وهبه لي ". خاصة على رأى من قالوا بأن الهبة تلزم بمجرد الإيجاب والقبول ، ولا تحتاج في لزومها إلى قبض[١] .

ففي هذه الحالة ،تتصور دعوى المجهول ؛لإلزام الواهب بإعطاء الموهوب له ما وهبه ،إن كان قد أحجم عن ذلك[٢] .

و القاضي يحكم على الواهب بما فسر به هبته ،أو بما دلت عليه قرائن الحال أو صيغة الهبة.

فإن قيل :إن عقد الهبة عقد تبرع ، فكيف يلزم المرء بالتبرع أو كيف يجبر عليه ؟

قلنا : إنه و إن كان عقد تبرع ،إلا أن الوفاء به واجب ،قال تعالى:﴿ **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ "[٣] .قال المفسرون :"فهذه الآية تدل على لزوم العقد وثبوته "[٤] .والهبة

---

(١) وهم المالكية في المشهور والظاهرية والزيدية وأغلب الإباضية ، وأبو ثور فيما روى عنه ،حيث قالوا بأن عقد الهبة ينعقد بالقول صحيحاً ولازماً ، ويثبت الملك فيها للموهوب له قبل القبض ، وكذا قال الإمام أحمد في رواية هي المذهب عند الحنابلة في غير المكيل والموزون .

بينما ذهب الحنفية والشافعية والإمامية وبعض الإباضية والإمام أحمد في الرواية الأخرى والحنابلة في المكيل والموزون ، إلى أنها لا تلزم إلا بالقبض .(الهداية ١٢٥٥/٣ ، البناية ١٩٨/٩ ، الاختيار لتعليل المختار ٦٩/٣ ، الكافي لابن عبد البر ص ٥٢٨ ، القوانين الفقهية ص ٣٦٣ ، بداية المجتهد ٣٩٣/٢ ، ٣٩٤ ، الوسيط للغزالي ٢٦٩/٤ ، روضة الطالبين ٣٧٥/٥، نهاية المحتاج ٤١٤/٥ ، المغني ٢٧٤/٦ ، ٢٨٠ ، ٢٨١ ، منار السبيل ١٧/٢ ، السيل الجرار ٢٩٣/٣، شرائع الاسلام ٢/ ٢٣١ شرح كتاب النيل ٣٧/١١ ، ٤٠)

(٢) جاء في الشرح الكبير للدردير ١٠١/٤ : "وأجبر الواهب عليه – أي على الحوز – اى على تمكين الموهوب له منه حيث طلبه ، لأن الهبه تمليك بالقول على المشهور ، فله طلبها منه حيث امتنع ، ولو عند حاكم يجبره على تمكين الموهوب له منها " أهـ . وقال ابن عبد البر في الكافي ص ٥٢٨ : "وتجب بالقول من الواهب والقبول من الموهوب له وتتم بالقبض ، وتجوز المطالبة بها لمن استوهبها أو طلبها إياها إذا منعه الواهب إياها ويقضى عليه ما كان حياً صحيحاً " . ونحو هذا في مواهب الجليل والتاج والإكليل ١١/٨ ، والقوانين الفقهية ص ٣٦٣ ، وشرح كتاب النيل لابن أطفش ٤٠/١١ .

(٣) من الآية (١) من سورة المائدة .

(٤) تفسير ابن كثير ٢/٢ ، ونحوه في المنتخب في تفسير القرآن الكريم ص ١٤٣ .

عقد كأي عقد ، يتم بإيجاب وقبول ، فوجب الوفاء به ؛ لحديث :" **لا يحل لرجل أن يعطى عطية أو هبة ،ثم يرجع فيها ، إلا الوالد فيما يعطى ولده ، ومَثَل الذى يرجع فى عطيته أو هبته كَمَثَلِ الكل يأكل ، فإذا شبع قاء ، ثم عاد فيه** "[١] . فإذا لم يوف به الواهب باختياره أمكن إجباره على هذا الوفاء ، خاصة وأنه فعل خير ، فالإجبار عليه لا حرج فيه ولا إثم عليه وربما كان ذلك سبباً فى صلاحه وإصلاحه ، ففى الحديث : "**عجب الله من قوم يدخلون الجنة فى السلاسل**"[٢] .

وإذا كان الثابت أن الإنسان المسلم ، يجبر على أداء فرائض دينه من صلاة وزكاة وصيام وغيرها ، بل يجبر على البقاء فى دينه ، فمن باب أولى يجوز أن يجبر على تنفيذ ما ألزم به نفسه ، بإعطاء الموهوب له هبته .

******

---

(١) سبق تخريجه فى صـ ٢٧٥.

(٢) سبق تخريجه فى صـ ١٣٧.

الفرع الثالث

موقف القانون المدني

من هبة المجهول والدعوى بها

لم يرد في القانون المدني نص خاص يبين حكم هبه المجهول ، وإنما ترك ذلك للقواعد العامه .

وبالرجوع إلى القواعد العامة ، نرى أن هبة المجهول لا تصح ، وذلك لأنه يسري على محل الهبة – الشئ الموهوب – ما يسري على محل العقد بوجه عام ، فيجب أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود ، معيناً أو قابلاً للتعيين ، صالحاً للتعامل فيه، مملوكاً للواهب[1]

فتجد أن من بين الشروط التي يجب توافرها في محل أي التزام ومنها الهبة – أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين . ولا شك أن وجود هذا الشرط ، يحول دون صحه هبة المجهول ، ذلك أن من وهب غيره شيئاً ، وجب عليه أن يعينه تعييناً نافياً للجهالة ، بحيث لا يختلط بغيره **إذا كان الشئ قيمياً** ، أي معيناً بالذات . فمثلاً لو وهبه قطعة أرض ، وجب عليه تحديد موقعها ومساحتها وحدودها[2].

أما إذا كان مثلياً ، أي لا تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به ، فيجب تعيينه ، ببيان جنسه ونوعه ومقداره ، وإذا لم تذكر درجة الجودة ، فيترك ذلك للعرف ، أما إذا لم يوجد عرف ، فالعبره بالدرجة المتوسطة ، إعمالاً للقواعد العامة ، فمثلاً لو وهب شخص قطناً لآخر ، فإنه يجب أن يذكر جنسه – قطناً – ونوعه – جيزة مثلاً – ومقداره – قنطاراً مثلاً – وكذلك درجة الجودة ، فإذا لم يبين درجة الجودة ، ترك بيانها للعرف ، فإذا لم يوجد عرف ، فالعبرة بالدرجة المتوسطة[3].

---

(١) وقد استخلصت هذه الشروط من نصوص المواد من : ١٣١ : ١٣٥ من القانون المدني د . السنهوري – الوسيط ٥ /١٤٠ ، ١٤١ ف ٧٥ ، د . عبد الخالق حسن – دروس في مصادر الالتزام ص ١٣٤ د .جميل الشرقاوي – مصادر الالتزام ص ٢١٤ ط دار النهضة العربية القاهرة سنة ١٩٩٥ م ، د . حمدى عبد الرحمن – الوسيط في النظرية العامة للالتزامات الكتاب الأول ص ٣١٩ وما بعدها

(٢) د. السنهوري – نظرية العقد ص ٤٨٢ ف ٤٦٢ ط دار الفكر ، د.أنور سلطان – النظرية العامة للالتزام ٢٦١/١ ط سنة ١٩٦٢ د. مصطفى الجمال مصادر الالتزام ص ١٣٨ ف ٩٠ ، د . حمدى عبد الرحمن – الوسيط في النظرية العامة للالتزامات – الكتاب الأول ص ٣٣٣ ، ٣٣٤ ، ٣٣٥ ، د. عبد الناصر توفيق العطار نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ص ١٢١ – مطبعة السعادة – القاهرة سنة ١٩٧٥ م .

(٣) المادة ١٣٣ مدني د. السنهوري نظرية العقد ص ٤٨٣ ف ٤٦٣ ، د. عبد الخالق حسن أحمد دروس في مصادر الالتزام ص ١٣٨ ، ١٣٩ ، د . حمدى عبد الرحمن – الوسيط الكتاب الأول ص ٣٣٦ ، ٣٣٧ د.مصطفى الجمال مصادر الالتزام ص ١٣٨ ف ٩٠ د. عبد الناصر العطار نظرية الالتزام ص ١٢١ ، ١٢٢ .

وإذا كان نقوداً ، فإن تعيينه يكون ببيان نوعها ومقدارها،كألف جنية مصري[١].

وإذا لم يكن الشيء معيناً فعلى الأقل يجب أن يكون قابلاً للتعيين وعلى ذلك نصت المـادة ١٣٣ مدنـي حيث قالت : " ١- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنـوعه ومقـداره ، وإلا كان العقد باطـلاً ما يستطاع به تعيين مقداره " ٢- ويكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره " وقابلية المحل للتعيين ، تكون بتعيينه بشكل غير مباشر ، أي ببيان الأسس التي تمكن من تعيينه مباشرة بعد ذلك – في المستقبل – إما بذاته وإما بنوعه ومقداره

ومثال الحالة الأولى : أن يهب المؤلف للناشر حق إستغلال القصة الفائزة من بين القصص التى تقدم بها فى مسابقة أدبية[٢] .

ومثال الحالة الثانية : أن يهب شخص لغيره ما تحتاج إليه ماشيته من مرعى وأعلاف خلال عام كذا .

والمهم فيما يضعه المتعاقدان من أسس للتعيين ، أن لا تترك هذه الأسس مجالاً للنزاع أو للغش عند التنفيذ[٣] .

هذا كله إذا كان الالتزام فى عقد الهبة بإعطاء شئ ، أما إذا كان بعمل فإنه يجب بيان ما هيته مع بيان وقته أو نتيجته أو العناية اللازمة فيه ، وقد يستخلص بعض ذلك من العرف أو من ظروف التعاقد[٤].

مـن كل هذا يتضح عدم صحة هبة المجهول بل عدم تصور انعقادها قانوناً يقول الأسـتاذ الدكتور حمدى عبد الرحمن : " والحقيقة أننا لا نتصور اتفاقاً على القيام بعمل ، أو الالتزام بامتناع عن عمل ، دون تعيين أو قابلية للتعيين ؛ ذلك أن تقنية التعاقد وتكوينه لا يسـتقيم إلا بالتعيين ، فكيف يتصور أن يكون الإيجاب محدداً وقاطعاً لا يحتمل التأويل ما لم يكن العمل ، أو الشيء موضوع التعاقد معيناً ، أو على الأقل قابلاً للتعيين ؟ وشرط التعيين على النحو السابق ، يرد على محل أي التزام أو أداء"[٥]

وترتيباً على ذلك ، فلا مجال لدعوى هبة المجهول قانوناً .

---

(١) د . مصطفى الجمال – مصادر الالتزام ١٤٣ ف ٩٤ ، د .حمدى عبد الرحمن – الوسيط في النظرية العامة للالتزامات – الكتاب الأول ص ٣٤٠ .

(٢) د.مصطفى الجمال – مصادر الالتزام ص ١٣٨ ف ٩١.

(٣) المرجع السابق ص ١٣٩ ف ٩١.

(٤) د. عبد الناصر العطار – نظرية الالتزام ص ١٢٢

(٥) د . حمدى عبد الرحمن – الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ص ٣٣٤ .

المطلب الثانى
مشروعية هبة الثواب المجهول
ودعـــوى الثـــواب المـــجهول
فى الفقه الإسلامى ، وموقف القانون
المدنـــــى منــــها

نبين أولاً مشروعية هبة الثواب المجهول ، ودعوى الثواب المجهول والحكم فيها فـــى الفقـــه الإسلامى ، ثم نتبع ذلك ببيان موقف القانون المدنى من هبة الثواب ودعوى الثواب ، وذلك فى فروع ثلاثة :

الفرع الأول : مشروعية هبة الثواب فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : مشروعية دعوى طلب الثواب والحكم فيها فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثالث : موقف القانون المدنى من هبة الثواب ودعوى طلب الثواب .



الفــــرع الأول
مشروعية هبة الثواب المجهول
فى الفقه الإسلامى

هـبة الـثواب المجهـول : هـــى الهبة التى يعطيها الواهب للموهوب له ، على أن يعطيه فى مقابلها عوضاً مالياً ، دون أن يتفقا على تعيينه أو تحديده[١] .

أو هى عطية قصد بها عوض مالى غير محدد[٢] .

وقد اختلف الفقهاء فى مشروعية هذه الهبة إلى مذهبين[٣] .

المذهـب الأول : يرى أصحابه أنها مشروعة . روى هذا عن عمر بن الخطاب ، وعلـــى بـــن أبى طالب وفضالة بن عبيد[٤] ، وأبى الدرداء[٥] ، وعمر بن عبد العزيز ، وربيعة بن أبى عبد الرحمن[٦] وعطاء وشريح ، والقاسم بن محمد ، ....

---

(١) التعريفات للجرجانى ص ٩٩ ، مغنى المحتاج ٥٤٨/٢.

(٢) مواهب الجليل للحطاب ٣٠/٨.

(٣) جدير بالذكر أن جمهور الفقهاء قد ذهبوا إلى مشروعية هبة الثواب لو كان معلوماً . وقد خالف فى ذلك أبو ثور والظاهرية والشافعى فى قول فقالوا ببطلانها كما لوكان مجهولاً . (راجع :تبين الحقائق ٩٩/٥ ، البناية ٢٤٩/٩ بداية المجتهد ٣٩٥/٢ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١١٦/٤ ، الحاوى ٥٥١/٧ ، البيان ١٣٥/٨ ، المغنى ٣٣٢/٦ ، السيل الجرار ٢٩٥/٣ ، شرائع الاسلام ٢٣٢/٢ ، جواهر الكلام ٢٠٥/٢٨ ، المحلى لابن حزم ١١٩/٩).

(٤) هو فَضَالَة بن عبيد بن نافذ بن قيس الأنصارى الأوسى العمرى ، أبو محمد ، أول مشاهده أحد ، ثم شهد المشاهد كلها ، وكـــان ممن بايع تحت الشجرة ، وانتقل إلى الشام ، وشهد فتح مصر ، وسكن الشام ، وولى القضاء بدمشق لمعاوية رضى الله عنه ، استقضاه فى خروجه إلى صفين وقال له : لم أحبك بها ، ولكن استترت بك من النار ، ثم أمّره معاوية على جيش ، فغزا الروم فى البحر ، وسُبِيَ بأرضهم ، روى عنه حنش الصنعانى ، وعمرو بن مالك الجنبى ، وعبد الرحمن بن جبير ، وابن محيريز ، وغيرهم ، وتوفى فى خلافة معاوية سنة ٥٣ ، وقيل سنة ٦٩هـــ فحمل معاوية سريره وقال لابنه عبد الله : أعنى يا بنى ، فإنك لا تحمل بعده مثله . (أسد الغابة ٦٣/٤ (٤٢٢٦) ، الاصابه ٢١٠/٥ (٦٩٨٦)).

(٥) هـــو عمرو بن زيد . ويقال ابن عبد الله . ويقال غير ذلك ، أبو الدرداء الأنصارى الخزرجى حكيم هذه الأمة وأحد الذين جمعوا القرآن حفظاً على عهد النبى صلى الله عليه وسلم بلا خلاف ، شهد أحداً وأبلى فيها بلاء حسناً . وتولى قضاء دمشق وهو أول قاضٍ وليها وكان عالم أهل الشام ومقرئ أهل دمشق وفقيههم إضافة إلى كونه قاضيهم وكان يقول : أحب الموت إشتياقاً إلى ربى ،وأحب الفقر تواضعاً لربى، وأحب المرض تكفيراً لخطيئتى. وتوفى رضى الله عنه سنة ٣٢هـــ (طبقات القراء لابن الجزرى ٦٠٦/١ (٢٤٨٠) ، طبقات الحفاظ للسيوطى ص ٧ (١١) تذكرة الحفاظ ٢٤/١).

(٦) هو ربيعة بن أبى عبد الرحمن (فروخ) ، أبو عبد الرحمَن المدنى المعروف بربيعةٌ الرأى مولى آل المنكدر .روى عن أنس بن مالك ،والحارث بن بلال المزنى، وعبد الله بن دينار ، وغيرهم .وعنه حماد بن سلمة ، وسعيد بن أبى هلال ، وشعبة ، ومالك وغيرهـــم . أدرك بعض الصحابة والأكابر من التابعين .قال الخطيب : كان فقيهاً عالماً حافظاً للفقه والحديث . وقال مالك: ذهبت حلاوة الفقه منذمات ربيعةَ .وقال عبد العزيز بن أبى سلمه :ما رأيت أحداً أحفظ للسنة من ربيعة.ومات رحمه الله =

ويحيى بن سعيد الأنصارى[1] ، وجماعة من التابعين ، وإليه ذهب الحنيفة ، والمالكية فى المعتمد ، وبعض الشافعية ، والإمام أحمد فى ظاهر كلامه ، والزيدية والإمامية[2].

المذهب الثانى : يرى أصحابه أنها باطلة وروى هذا عن أبى ثور ، وهو المذهب عند الشافعية والحنابلة ، وإليه ذهب الظاهرية[3].

وسبب الخلاف فى هذه المسألة هو : هل الهبة بهذا الشرط بيع مجهول الثمن أم لا ؟ فمن رأى أنهـا بيع مجهول الثمن قال ببطلانها ، لأنها تعد من بيوع الغرر التى لا تجوز ومن رأى غير ذلك قال بجوازها[4].

الأدلة والمناقشات :-

أدلة المذهب الأول :

استـدل أصـحاب المذهب الأول على مشروعية هبة الثواب المجهول ، بالكتاب والسنة والآثار والمعقول :

أما الكتاب : فمنه :

١- قو له تعـالى : **﴿ وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها إن الله كان على كل شئ حسيباً ﴾** [5].

ـسنة ١٠٣هـ بالمدينة وقيل بالأنبار (تاريخ بغداد ٤٢٠/٨ ، وفيات الأعيان ٢٨٨/٢ ميزان الاعتدال ٢٣٤/٢ ،شذرات الذهب ١٩٤/١ طبقات الحفاظ للسيوطى ل ٦٨ (١٤٧) الفهرست لابن النديم صـ٣٤٣).

(١) هـو يحيى بن سعيد أبو سعيد المدنى الأنصارى. قاضى المدينة . روى عن أنس ، وعدى بن ثابت،وعلى بن الحسين، وغيرهـم . وعنه أبو حنيفة ، ومالك ، والليث وغيرهم . قال أحمد: " يحيى بن سعيد أثبت الناس "وقال ابن المدينى: "له نحو ثلاثمائـه حديـث ومات سنة ١٤٣هـ (طبقات الحفاظ للسيوطى ص ٥٧(١٢٢)، تهذيب التهذيب ١٩٤/١١، شذرات الذهب ٢١٢/١).

(٢) تبيين الحقائق ٩٩/٥ ، البناية ٢٤٩/٩ ، العناية وتكملة الفتح ٤٠/٩ الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١١٦/٤ ، بداية المجتهد ٣٩٥/٢ ، الحاوى ٥٥١/٧ ، البيان ١٣٥/٨ مغنى المحتاج ٥٤٨/٢ أسنى المطالب ٤٨٥/٢ ، ٤٨٦ ، المغنى ٣٣٢/٦ ، شرح منتهى الارادات ٥١٨/٢ ، حدائق الأزهار والسيل الجرار ٢٩٥/٣ ، شرائع الإسلام ٢٣٢/٢ ، جواهر الكلام ٢٠٥/٢٨ المحلى لابن حزم ١١٩/٩.

(٣) حاشـية الدسوقى ١١٤/٤ مواهب الجليل والتاج والإكليل ٣٠/٨ بداية المجتهد ٣٩٥/٢ البيان ١٣٣/٨ ، ١٣٥ ، مغنى المحتاج ٥٤٨/٢ شرح المحلى ١١٤/٣ شرح الأنصارى على المنهاج ٦٠٠/٣ ، ٦٠١ ، المغنى ٣٣٢/٦ ، ٣٣٣ منار السبيل ١٦/٢ ، الروض المربع ص ٣٠٥ ، المحلى لابن حزم ١١٩/٩.

(٤) بداية المجتهد لابن رشد ٣٩٥/٢.

(٥) الأية ٨٦ من سورة النساء .

وجـه الدلالـة مـن هـذه الآيـة ظاهر : حيث إن الهِبَة يُتحيى بها ، وقد أمر الله تعالى فى هذه الآية بردها بعينها أو أحسن منها[١] .

وقـد نوقـش الاستدلال بهذه الآية : بأنه استدلال فى غير محل النزاع ؛ لأنها وردت فى رد السلام ، فالمراد بالتحية هنا السلام لقوله تعالى : ﴿ **وإذا جاءوك حيّوك بما لم يحيك به الله** ﴾ [٢] وعلى هذا جماعة المفسرين[٣].

وأجيب على هذه المناقشة من وجهين :-

أحدهما :- أن التحية وإن كانت تستعمل فى السلام إلا أن المراد بها هنا الهدية بالمال بقرينة قوله تعالى : ﴿ **أو ردوها** ﴾، لأن الرد إنما يتحقق فى الأعيان لا فى الإعراض لأنــه عبارة عن إعادة الشئ وهذا الشئ لا يُتصور فى الإعراض ، والمشترك يتعين أحد وجوهه بالدليل[٤].

والـثانى : أن ورودهـا فـى السلام لا يمنع دلالتها على محل النزاع لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب[٥].

٢- قوله تعالى : ﴿ **وما آتيتم من ربا ليربو فى أموال الناس فلا يربو عند الله وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون** ﴾ [٦].

وجـه الدلالة من هذه الآية : أن الله سبحانه وتعالى يبين فيها أن من أعطى عطية يريد أن يـرد عليه الناس أكثر مما أهدى لهم ، فهذا لا ثواب له عند الله تعالى . وبهذا فسرها ابـن عباس وطائفة قال الضحاك : وهذا الصنيع مباح وإن كان لا ثواب فيه ، **إلا أنه قد** نُهِيَ عنه رسولُ الله صلى الله عليه وسلم خاصة بقوله تعالى ﴿ **ولا تمنن تستكثر** ﴾ [٧].أى لا تعط العطاء تريد أكثر منه[٨].

---

(١) الذخيرة للقرافى ٢٧٢/٦ الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٢٩٩/٥.

(٢) من الآية ٨ من سورة المجادلة .

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٢٩٩/٥.

(٤) البدائع ١٩٣/٦ المبسوط للسرخسى ٤٧/١٢ الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٢٩٨/٥.

(٥) الذخيرة للقرافى ٢٧٢/٦.

(٦) الآية ٣٩ من سورة الروم .

(٧) الآية ٦ من سورة المدثر .

(٨) تفسـير القرآن العظيم لابن كثير ٤٥٠/٣ ، ٤٥١ ، الجامع لأحكام القرآن القرطبى ٣٩/١٤ ، أحكام القرآن لابن العربى ٤٩٠/٣ وما بعدها .

وأما السنة فمنها :

١- ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : **"المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطاً حرّم حلالاً أو أحل حراماً "**(١).

وجه الدلالة من هذا الحديث ظاهر ، حيث قد حث النبى صلى الله عليه وسلم المسلمين فيه على الوفاء بشروطهم طالما أنها لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً وجعل الوفاء بالشروط والثبات عليها سمة المسلم . وهذا يدل بعمومه على صحة هبة الثواب ، ووجوب الوفاء بالشرط الذى هو الثواب حيث أنه لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً(٢).

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث : بأنه استدلال غير صحيح لوجهين :

أحدهما : أن الحديث لا يصلح للاستدلال به لأنه غير صحيح إذ هو من رواية كثير بن زيد وهو ساقط مطرح أو مرسل(٣).

والثانى : أن المحتجين به متفقون مع غيرهم على بطلان كثير من العقود لاشتمالها على شروط باطلة وعلى أن هذه الشروط لا تلزم من أخذت عليهم وهذا يعنى أن المسلمين ليسوا عند شروطهم على الجملة وهو ما أفصح عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله : **"كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط"**(٤). وعليه فليس للمسلمين أن يشترطوا شروطاً ليست فى كتاب الله عز وجل ومنها شرط الثواب على الهبة(٥).

---

(١) رواه أبو داود والترمذى وصححه والحاكم وصححه والدار قطنى.ورواه البخارى بغير إسناد. قال ابن حجر : هذا أحد الأحاديث التى لم يوصلها المصنف فى مكان آخر. وقد جاء من حديث عمرو بن عوف المزنى فأخرجه إسحاق فى مسنده من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده مرفوعاً وكثير بن عبد الله ضعيف عند الأكثر لكن البخارى ومن تبعه كالترمذى وابن خزيمة يقوون أمره.(سنن أبى داود كتاب الأقضية ٣/٣٠٤ (٣٥٩٤)، صحيح الترمذى ٤/٥٨٤ (١٣٦٣)، المستدرك للحاكم ٢/ ٤٩، سنن الدارقطنى ٣/٢٧، صحيح البخارى وفتح البارى كتاب الاجارة باب أجر السمسرة ٤/٥٢٧ ، ٥٢٨) .وإنما لم يذكر البخارى إسناده ؛لأنه أراد الاحتجاج للمسألة التى ترجم لها وأشار إلى الحديث لكونه معلوماً (مقدمة فتح البارى ص١٠)

(٢) المحلى لابن حزم ٩/١١٩.

(٣) المرجع السابق ٩/ ١١٩ .

(٤) رواه الأئمة: أحمد فى مسنده ٦/٢١٣ ، والنسائى فى سننه كتاب الطلاق باب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك ٦/١٦٤ ، ١٦٥ وابن ماجة فى سننه ,كتاب العتق باب المكاتب ٢/٨٤٢ ، ٨٤٣ (٢٥٢١) من حديث عائشة رضى الله عنها .وعزاه الهيثمى فى مجمع الزوائد كتاب البيوع ٤/٨٦ ، ٨٧ إلى البزار بأسانيد إلى ابن عباس وقال : ورجال أحدها ثقات وله اسناد مرسل ورجاله رجال الصحيح وذكره ابن عبد البر فى التمهيد ٧/١١٧ مؤسسة قرطبة .

(٥) المحلى لابن حزم ٩/١١٩ ، ١٢٠.

وأجيب على الوجه الأول من هذين الوجهين : بأن كثير بن زيد قال فيه الامام أحمد "ما أرى بـــه بأساً"[١] ووثقه يحيى بن معين وغيره[٢]. وهو وإن كان ضعيفاً عند الأكثر لكن رواية البخاري[٣] ومن تبعه كالترمذي[٤] وابن خزيمة[٥] عنه ، تقوى أمره[٦].

ثم إن الحديث روى أيضاً من طريق عبد الله بن الحسين المصيصي وهو ثقة.

---

(١) تاريخ أسماء الثقات لابن شاهين ص ٢٧٣ تحقيق د/عبد المعطى أمين قلعجي ط١ دار الكتب العلمية – بيروت – سنة ١٤٠٦هـــ – ١٩٨٦م.

(٢) نيل الأوطار ٣٥٢/٦ مكتبة الكليات الأزهرية.ويحى بن معين هو يحى بن معين بن عون الغطفاني مولاهم البغدادى أحد الأئمة الأعلام روى عن ابن عيـنة ،وأبي أسامة، وعبد الرزاق، وغيرهم وعنه البخارى ومسلم وأبوداود، وغيرهم. قال ابن المديني: ما أعلم أحداً كتب ما كتب يحى بن معين ". وقال الخطيب كان إماماً ربانياً عالماً حافظاً ثبتاً متقناً ومات – رحمه الله – بالمدينة سنة ٢٠٣هــ وحمل على سرير النبي صلى الله عليه وسلم وله نحو سبع وسبعين سنة .(تذكرة الحفاظ ٤٢٩/٢ ، طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٨٥ (٤١٧) وفيات الأعيان ١٣٩/٦ (٧٩١)).

(٣) هو الامام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخارى الحافظ العلَم صاحب الصحيح وغيره وإمام هذا الشأن والمعوّل على صـــحيحه في كافـــة الـــبلدان الاسلامية. روى عن أحمد وابن المنذر وابن المديني وغيرهم. وعنه مسلم والترمذى والمحاملي وغيرهم قال رضي الله عنه:" ما وضعت في كتابي الصحيح حديثاً إلا اغتسلت قبل ذلك وصليت ركعتين "وثناء العلماء عليه أكـــثر من أن يحصى وقد ولد رضي الله عنه في شوال سنه ١٩٤هــ وتوفى ليلة عيد الفطر سنة ٢٥٦هــ (البداية والنهاية ٢٤/١١ تاريخ بغداد ٤/٢ طبقات ابن قاضي شهبة ٨٣/١(٢٨) ،طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٢٤٨(٥١٦)).

(٤) هـــو الامـــام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن الضحاك السلمي الترمذى صاحب" الجامع" و" العلل" الضرير الحـــافظ العلامة قال السيوطي:" طاف البلاد وسمع خلقاً كثيراً من الخراسانيين والعراقيين والحجازيين وغيرهم". روى عنه محمـــد بـــن المنذر شكر ، والهيثم بن كليب وأبو العباس المحبوبي وخلق . وذكره ابن حبان في الثقات وقال:" كان ممن جمع وصنف وحفظ وذاكر" ومات بترميذ في رجب سنة ٢٧٩هــ (طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٢٧٨ (٦٣٥) وفيات الأعيان ٢٧٨/٤ (٦١٣)، شذرات الذهب ١٧٤/٢ ، الفهرست ص ٣٨٤).

(٥) هـــو محمد بن إسحاق بن خزيمة بن المغيرة السلمي النيسابورى الحافظ الكبير الثبت، إمام الأئمة شيخ الإسلام أبو بكر المولود سنة ٢٢٣هــ والمتوفى في ذى القعدة سنة ٣٢١هــ . سمع إسحاق ومحمد بن حميد ولم يحدِّث عنهما لِصغرة ونقص إتقانـــه إذ ذاك وصـــنف وجـــود واشتهر اسمه وانتهت إليه الإمامية والحفظ في عصره بخراسان حدَّث عنه الشيخان خارج "صحيحيهما" قال أبو على النيسابورى لم أر مثله، وكان يحفظ الفقهيات من حديثه كما يحفظ القارئ السورة زادت مؤلفاته على ١٤٠ كتاباً سوى المسائل، والمسائل وحدها أكثر من مائة جزء (البداية والنهاية ١٤٩/١١ طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٣١٠ (٧١١) طبقات القراء لابن الجزر ٩٧/٢).

(٦) فتح البارى لابن حجر ٥٢٨/٤.

قال الإمام الشوكاني [١]. ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض فأقل أحوالها أن يكون المتن الذى اجتمعت عليه حسناً"[٢].

أما عن الوجه الثانى : فإن القول بأن هذا الشرط ليس موجوداً فى كتاب الله تعالى أو فى سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، فمردود أيضاً بأنه موجود؛ ولا أدل على ذلك من هذه الأدلة التى نحن بصددها، فالشروط التى تبطل العقود لأجلها، هى التى لا تحقق مصلحة العاقدين، وتنافى مقصود الشارع، وليس هذا منها فوجب أن يصح .

٢- **ما رواه النسائى** [٣] عن عبد الرحمن بن علقمة الثقفى[٤] قال : لما قدم وفد ثقيف على رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعهم هدية ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : **"أهدية أم صدقة؟ فإن كانت هدية فإنما يبتغى بها وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضاء الحاجة وإن كانت صدقة فإنما يبتغى بها وجه الله عز وجل "** قالوا : لا بل هدية ، فقبلها منهم وقعد معهم يسائلهم ويسألونه حتى صلى الظهر مع العصر[٥].

وجه الدلالة من هذا الحديث : أنه صلى الله عليه وسلم فرق فيه بين الهبة والصدقة فالهبة يراد بها وجه الناس وأخذ العوض منهم والصدقة يراد بها وجه الله تعالى فدل على مشروعية هبة الثواب[٦].

---

(١) هو الامام محمد بن على الشوكانى، قاضى قضاة القطر اليمانى،المولود فى يوم الإثنين ٢٨ من ذى القعدة سنة ١١٧٢ هـ ، والمتوفى فى ليلة الأربعاء ٢٧ من جمادى الآخرة سنة ١٢٥٠هـ فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن من أهل صنعاء من تصانيفه : أدب الطلب ومنتهى الإرب وتحفة الذاكرين شرح الحصن الحصين ، ونيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، والسيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار وغيرها.(نيل الأوطار ١/ب وما بعدها معجم المؤلفين ٥٣/١١ الأعلام ٢٩٨/٦)

(٢) نيل الأوطار ٣٥٢/٦ مكتبة الكليات الأزهرية .

(٣) هو أحمد بن شعيب بن علي بن سنان الخراسانى النسائي، الامام الحافظ شيخ الإسلام ،وأحد الأئمة الأعلام، المولود سنة ٢١٥ والمتوفى شهيداً سنة ٣٠٣هـ. قال الحاكم: "كان النسائى أفقه مشايخ مصر فى عصره وأعرفهم بالصحيح والسقيم من الآثار وأعرفهم بالرجال " له من الكتب "السنن الكبرى" و"الصغرى "و"خصائص على" و"مسند على" وغيرها. وروى عنه ابن السنى والطحاوى و العقلى وغيرهم.(البداية والنهاية ١٢٣/١١ شذرات الذهب ٢٣٩/٢ طبقات الحفاظ للسيوطى ص ٣٠٣ (٦٩٦)

(٤) هو عبد الرحمن بن علقمة وقيل ابن أبي علقمة الثقفى اختلف فى صحبته ،فقال أبو حاتم : تابعى .وقال الدار قطني: لا تصح صحبته .وقال الخطيب: ذكره غير واحد من الصحابة .فالله أعلم.(أسد الغابة ٣٧٣/٣ (٣٣٥٧) الإصابة ١٧٢/٤ (٥١٦٢) تجريد أسماء الصحابة للذهبى ٣٥٣/١ (٣٧٣٧) .

(٥) سنن النسائى كتاب العمرى باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ٢٧٩/٦ وذكره عنه ابن الأثير فى أسد الغابة ٣٧٣/٣ (٣٣٥٧) وابن حجر فى الاصابة ٧٣/٤ (٥١٢) وقال بأنه مرسل .

(٦) المحلى لابن حزم ١٣١/٩ .

وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه غير صحيح لوجهين :-

أحدهما أن سند الحديث فيه أبو بكر بن عياش ، وعبد الملك بن محمد بن بشر ، وهما ضعيفان، ولا يعرف لعبد الملك سماع من عبد الرحمن بن علقمة وفيه أيضاً أبو حنيفة فإن كان إسحاق بن بشر النجارى فهو هالك ، وإن لم يكنه فهو مجهول قاله ابن حزم وقال: فسقط جملة ولم يحل الاحتجاج به"[١].

والثانى أنه على فرض صحته فلا دليل فيه على جواز هبه الثواب؛إذ ليس فيه ذكر لهبة الثواب أصلاً ، وإنما فيه أن الهدية يبتغى به وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضاء الحاجة ، وقد تقضى هذه الحاجة ولا تقضى ، ليس للمرء مانوى فى الدنيا إنما هذا من أحكام الآخرة فى الجزاء فقط ثم إن الله تعالى قد صان نبيه صلى الله عليه وسلم عن أن يصوب أن يجيز أكل هدية لم يبتغ بها مهديها وجه الله تعالى وإنما قصد قضاء حاجته فقط ووجه الرسول صلى الله عليه وسلم وهذه هى الرشوة الملعون قابلها ومعطيها فى الباطل فظهر من هذا أنه لا دليل فى الحديث على المدعى[٢].

وأجيب عن الوجه الأول من هذه المناقشة :- بأن الحديث قد تقوى بغيره من الأدلة التى استدل بها الجمهور على مشروعية هبة الثواب المجهول والتى نحن بصددها .

وعن الوجه الثانى : بأن الحديث واضح الدلالة على جواز هبة الثواب والقول بأن هذه رشوة مردود بما رواه البخارى عن عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه أنه قال "كانت الهدية فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة"[٣].

ثم إن الرشوة هى كل ما دفع ليبتاع به من ذى جاه عوناً على ما لا يحل قاله ابن العربى[٤].رحمه الله – ثم قال:الذى يهدى لا يخلو أن يقصد ود المهدى إليه أو عونه أو

---

(١) المرجع السابق ١٣١/٩ .

(٢) نفس المرجع ١٣١/٩.

(٣) صحيح البخارى مع الفتح كتاب الهبه ب ١٧ من لم يقبل الهبة لعلة ٢٦٠/٥.

(٤) هو الامام العالم العلامة الحافظ أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد الأشبلى ، المولود بأشبيلية سنة ٤٦٨هـ والمتوفى بفاس سنة ٥٤٣هـ. فقيه محدث مفسر أصولى أديب متكلم سمع من طراد الزينى ونصر المقدسى،وأبى حامد الغزالى وغيرهم وتولى قضاء أشبيلية فكان ذا شدة وسطوة ثم عزل فأقبل على التأليف ونشر العلم وبلغ رتبة الاجتهاد ومن أهم مصنفاته: "أحكام القرآن" و "العواصم من القواصم" و "القبس وترتيب المسالك فى شرح الموطأ" .(البداية والنهاية ١٢/ ٢٢٨ ، الديباج المذهب ص ٢٨١ شذرات الذهب ١٤١/٤ طبقات المفسرين للداوودى ١٦٢/٢ ، طبقات الحفاظ للسيوطى ص ٤٦٧ (١٠٤٨).

مالــه فأفضـــلها الأول ، والثالـــث جائز، لأنه يتوقع بذلك الزيادة على وجه جميل ، وقد يستحب إن كان محتاجاً والمهدى لا يتكلف وإلا فيكره وقد تكون سبباً للمودة وعكسها .

وأمـا الـثانى فإن كان لمعصية فلا يحل وهو الرشوة ،وإن كان لطاعة فيستحب، وإن كان لجائز فجائز ، لكن إن لم يكن المهدى له حاكماً والإعانة لدفع مظلمة أو إيصال حق ، فهو جائز ، ولكن يستحب له ترك الأخذ وإن كان حاكماً فهو حرام " أ هـــ ملخصاً[1].

وأما الآثار فمنها :-

١- **مـا روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال** : "من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة ، فإنه لا يرجع فيها ، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته ، يرجع فيها إذا لم يرض منها"[2].

٢- **مـا روى عـن عـلى بن أبى طالب رضى الله عنه قال** : " المواهب ثلاثة : موهبة يـــراد بهـــا وجه الله ، وموهبة يراد بها وجوه الناس ، وموهبة يراد بها الثواب فموهبة الثواب يرجع فيها صاحبها إذا لم يثب"[3].

وإفادة هذين الأثرين صحة هبة الثواب ظاهرة ولا تحتاج إلى بيان[4].

وأمـا الاجمـاع : فقد حكاه الإمام الكاسانى ، حيث قال : " وأما إجماع الصحابة ، فإنـــه روى عـــن سيدنا عمر ، وسيدنا عثمان ، وسيدنا على ، وعبد الله بن عمر ، وأبى الـــدرداء ، وفضالة بن عبيد وغيرهم رضى الله عنهم أنهم قالوا مثل مذهبنا ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعاً"[5].

وأما المعقول فمن وجوه :-

أحدهـا : أن الهـــبة بشـــرط الثواب هبة ابتداء بيع انتهاء لأنها تمليك المال بلفظ يخـــالف ظاهـــره معـــناه ، فيكون ابتداؤه معتبراً بلفظه وانتهاؤه معتبراً بمعناه كالهبة في

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي ١٤٩٢/٢ ط دار الجيل سنة ١٤٠٧ هـــ - ١٩٨٧م فتح البارى ٢٦١/٥ .

(٢) رواه عنه الأئمة مالك فى الموطأ كتاب الأقضية باب القضاء فى الهبة ٢/ ٧٥٤ (٤٢)، والبيهقي فى سننه كتاب الهبات بـــاب المكافأة فى الهبة ١٨١/٦ ، ١٨٢ والطحاوى فى مشكل الآثار ٢٤١/٢ وعبد الرزاق فى مصنفة كتاب المواهب باب الهـــبات ١٠٥/٩ (١٦٥١٩) واللفظ لمالك . قال الألبانى فى سند مالك : وهذا سند صحيح على شرط مسلم . وقال فى سند البيهقى والطحاوى : وهذا سند صحيح على شرط الشيخين .(إرواء الغليل ٥٥/٦ ، ٥٦)

(٣) رواه القرطبى فى تفسيره ١٤ / ٣٨ ورواه عنه عبد الرزاق فى مصنفة كتاب المواهب ١٠٧/٩ (١٦٥٢٦) بلفظ من وهب هبة لذى رحم محرم فلم يثب منها فهو أحق بهبته . وروى نحوه أيضاً عن شريح فى ١٠٦/٩ (١٦٥٦٣) وعن إبراهيم النخعى فى ١٠٦/٩ ، ١٠٧ (١٦٥٢٥) وعن عطاء فى ١٠٨/٩ (١٦٥٣٣) .

(٤) منار السبيل لابن ضويان ١٦/٢

(٥) بدائع الصنائع ١٩٣/٦.

المـــرض فـــإن ظاهـــرها تمليك فى الحال بطريق التبرع ومعناها معنى الوصية فيعتبر ابتداؤها بلفظها وانتهاؤها بمعناها ، وهذا لأن الألفاظ قوالب المعانى فلا يجوز .إلغاء اللفظ وإن وجب اعتبار المعنى ، إلا إذا تعذر الجمع للمنافاة، ولا منافاة هنا ، فشرط العوض لا يكـــون أبلـــغ من حقيقة التعويض وبحقيقة التعويض لا ينتفى معنى الهبة فبشرط العوض أولى . وإذا ثبت ذلك فإنها تصح[1].

والثانى : أن الهـــبة فـــى هذه الحالة تمليك بعوض؛ فتصح كما قال ملكتك هذا بدرهم[2].

والثالث : أن الإنسان قد يهب من الأجنبى إحسانا إليه وإنعاماً عليه ، وقد يهب له طـمعاً فى المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة فالموهوب له مندوب إلى ذلك شرعاً . قال الله تعالى : **﴿هل جزاء الإحسان إلا الإحسان﴾** [3].

أدلة المذهب الثانى :-

استدل أصحاب المذهب الثانى على بطلان هبة الثواب مطلقاً بالكتاب والمعقول .

أما الكتاب فمنه :

١- قوله تعالى **﴿ولا تمنن تستكثر﴾** [4].

وجه الدلالة من هذه الآية : أن الله تعالى ينهى نبيه صلى الله عليه وسلم عن أن يعطى شـيئاً ليـثاب علـيه بما هو أفضل منه ممن أعطاه[5] . وفى هذا دليل على بطلان هبة الثواب[6].

٢- قو له تعـــالى : **﴿وما آتيتم من ربا ليربو فى أموال الناس فلا يربو عند الله وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون﴾** [7].

---

(١) المبسوط للسرخسى ٧٩/١٢ ، ٨٠ .

(٢) المغنى ٣٣٢/٦ ، الشرح الكبير معه ٢٧٤/٦ ، مغنى المحتاج ٥٤٨/٢ .

(٣) البدائع ١٩٣/٦ ، ١٩٤ العناية وتكملة الفتح ٤٠/٩ ، ٤١ والآية رقم (٦٠) من سورة الرحمن .

(٤) الآية (٦) من سورة المدثر.

(٥) روى هـــذا التفسير الطبرى و ابن كثير وابن حزم عن ابن عباس ، ومعمر ، وطاووس وأبى الأحوص والحسن وعكرمة ومجاهد وعطاء والنخعى والضحاك وقتادة والسدى وغيرهم .(تفسير ابن كثير ٤٤١/٤ ، المحلى ١١٨/٩) تفسير الطبرى ٢٩ / ٣٩).

(٦) المحلى لابن حزم ١١٨/٩.

(٧) الآية ٣٩ من سورة الروم .

وجـه الدلالـة من هذه الآية : أن الله تعالى قد بين فيها أن ما أعطيت من شيء تـريد به عرض الدنيا ،أو تثاب عليه لم يصعد إلى الله عز وجل ،وما أعطيت من هدية لوجه الله تعالى ،فهو الذى يصعد [١] .فأفاد ذلك حرمة هبة الثواب .

و قـد نوقـش الاستدلال بالآية الأولى : بأنه استدلال غير صحيح ؛ لأن المنهى عنه فى هذه الآية الكريمة ،من خصوصيات النبى صلى الله عليه وسلم ،فإن ذلك لا يجوز فـي حقـه صـلى الله علـيه وسلم ؛ لما فيه من الحرص و المضنة ، أما فى حق غيره فجائز[٢] .

كما يناقش أيضاً بأن ما ساقوه من تفسير لهذه الآية ، معارض بتفسيرات أخرى لها منها :

١- **ما قالـه الحسن البصرى رضى الله عنه** من أن معناها :لا تمنن بعملك على ربك تستكثره[٣] .

٢- **ما قالـه مجاهد رضى الله عنه** من أن معناها :لا تضعف أن تستكثر من الخير ؛ فإن "تمنن" فى كلام العرب معناها : تضعف[٤] .

٣- **ما قاله ابن زيد**(٥) **رضى الله عنه** من أن معناها : لا تمنن بالنبوة على الناس تستكثرهم بها ، تأخذ عليه عوضاً من الدنيا[٦] .

---

(١) روى هـذا التفسـير أيضاً ابن كثير وابن حزم عن ابن عباس ، وأبي رزين وسعيد بن جبير ومجاهد والضحاك وقتادة وعكرمة ومحمد بن كعب ، والشعبي وأبي مالك والقاسم بن أبي بزة وغيرهم . (تفسير ابن كثير ٤٤٩/٣ ، المحلى ١١٨/٩ ، ١١٩).

(٢) منار السبيل ١٦/٢ ، ١٧، تفسير ابن كثير ٤٤٩/٣ ، ٤٥٠ وفيه : "...وهذا الصنيع مباح وإن كان لا ثواب فيه ، إلا أنه قد نهي عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة قاله الضحاك ، واستدل بقوله تعالى **﴿ ولا تمنن تستكثر ﴾** أى لا تعط العطاء تريد أكثر منه " أ هـ .

(٣) وكـذا قال الربيع بن أنس واختاره ابن جرير . (تفسير ابن كثير ٤٤١/٤ ، تفسير الطبرى ٩٤/٢٩ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٦٧/١٩ ، روح المعاني للألوسي ١١٩/٢٩).

(٤) المراجع السابقة – المواضع نفسها .

(٥) هـو خارجة بن زيد بن ثابت ، أبو زيد أحد فقهاء المدينة السبعة قال مصعب :كان خارجة بن زيد وطلحة بن عبد الله بـن عوف في زمانهما يستفتيان وينتهي الناس إلى قولهما ويقسمان المواريث بين أهلها من الدور والنخل والأموال ويكتبان الوثائق للناس، وكان قد أدرك عثمان رضي الله عنه وروى عن أبيه وعمه يزيد وأسامة بن زيد وغيرهم . وعنه ابنه سليمان وابنا أخويه سعيد بن سليمان وقيس بن سعد بن زيد وغيرهم . وتوفي رضي الله عنه سنة مائة للهجرة وهو ابن سبعين سنة . (طبقات الفقهاء للشيرازى ص ٤٣، تهذيب التهذيب ٦٥/٣ (١٤٣) ، سير النبلاء ٤٣٧/٤ (١٦٩)).

(٦) تفسير ابن كثير ٤٤١/٤ ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٦٧/١٩ ، تفسير الطبرى ٩٤/٢٩ .

٤- **و نوقش استدلالهم بالآية الثانية** : بأنها لا تدل على صحة هبة الثواب ، و إنما العكس هو الصحيح ؛ لأنها تثبت أن الربا قسمان ، منه حلال ومنه حرام، فالربا المذكور في هذه الآية هو الربا الحلال ، أما الربا الحرام ، فقد ذكره الله تعالى في سورة البقرة في قوله تعالى **﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾**[١] .

يقـــول ابـــن عباس رضي الله عنهما : " الربا رباءان : فربا لا يصح – يعني ربا البيع ، وربا لا بأس به ، وهو هدية الرجل يريد فضلها و أضعافها . ثم تـلا هذه الآية[٢] .ويقول القـــرافي – رحمه الله :– ولأنه مفهوم في العرف ، و العرف كالشرط ، ويشير إليه قوله تعالى : **﴿ وما آتيتم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله ﴾** لا أجر له فيربو ، فبقي الأجر ولم يثبت الإثم ؛ فدل ذلك على أنه عادة العرف و على الإباحة"[٣] .

و أما المعقول فمن وجوه :

أحدهـــا : أن عقـــد الهبة عقد تبرع ، واشتراط العوض فيه يخالف مقتضى العقد ،فيكون مبطلاً له ، كما لو عقد النكاح بلفظ الهبة[٤] .

وقد نوقش هذا الوجه من عدة وجوه :

أولها : القول بأن موضوع الهبة التبرع مردود بأن الهبة لو لم تقتض الثواب أصلاً،لكانت بمعـــنى الصدقة ، وليس كذلك ، فإن الأغلب من حال الذي يهدي أنه يطلب الثواب ، ولا سيما إذا كان فقيراً[٥] .

ثانيها : أن هذا الإستدلال– إن صح– فإنه يقتضي أن يكون شرط العوض أبلغ من حقيقة الـــتعويض ؛ ذلـــك أنه بحقيقة التعويض لا تبطل الهبة ، فإذا بطلت بمجرد الشرط ، كان الشرط أبلغ من حقيقة التعويض ، وهو لا يستقيم ؛ لأن الهبة لا تبطل بالتعويض ، فلأن لا تبطل بشرطه يكون من باب أولى[٦] .

(١) من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

(٢) تفسير ابن كثير ٤٤٩/٣ ، ٤٥٠ .

(٣) الذخيرة للقرافي ٢٧٢/٦ ، ٢٧٣ ، والآية رقم ٣٩ من سورة الروم .

(٤) المبســوط للسرخسي ٧٩/١٢ ط ٣ دار المعرفة بيروت، الحاوي ٧/ ٥٥١ ، البيان للعمراني ١٣٣/٨ ، ١٣٥، مغني المحتاج ٥٤٨/٢ ، شرح المحلي على المنهاج ١١٤/٣ ، المغني ٣٣٢/٦ .

(٥) فتح الباري ٢٤٩/٥ ، الذخيرة ٢٧١/٦ ، ٢٧٢ .

(٦) المبسوط للسرخسي ٨٠/١٢ ط ٣ دار المعرفة – بيروت .

ثالـثها : أن القياس على النكاح قياس مع الفارق ؛ لأن العوض فى النكاح لازم شرعاً،لا يتمكـنان مـن إسـقاطه ، فلذلك اطرد فى جميع الصور ، أما فى الهبة ، فالسلعة قائمة للعـوض وعدمـه ، فإذا اقترن به ما يدل عليه أو على عدمه ، اتبع ذلك الدليل . ثم إننا يمكنـنا قلـب القـياس ، فنقول : الهبة عقد يقصد للوداد ، فيقتضى العوض ؛ قياساً على الـنكاح ، فهـى عندنا ملحقة بنكاح التفويض ، الذى يسكت فيه عن العوض ، ويلزم فيه صداق المثل ، كذلك ها هنا يلزم قيمة المثل[١] .

والوجه الثانى من الاستدلال بالمعقول : القياس على البيع فكما أن عقد البيع يبطل بعـدم معلومـية العـوض ، فكذلك هبة الثواب ؛ لأنها بشرط الثواب تنقلب إلى بيع فى الحقيقة[٢] .

ونوقش هذا القياس بأنه قياس مع الفارق ، وبيان الفارق من وجهين :

الأول : أن البـيع يـنعقد بلفظ البيع ، وتترتب عليه أحكامه باتفاق ، أما هذه ، فتنعقد بلفظ الهبة ، وترتب أحكام البيع عليها مختلف فيه بين الفقهاء[٣] .

والـثانى : أن هـبة الثواب وإن دخلها العوض ، فمقصودها أيضاً المكارمة والوداد ، فلم تـتمحض للمعاوضة والمكايسة ، والعرف يشهد لذلك ؛ فلذلك جاز فيها مثل هذه الجهالة والغـرر ، كمـا جوز الشرع الذهب والفضة والطعام لا يداً بيد فى القرض ؛ لأن قصده المعروف ، فظهر الفرق[٤] .

والوجـه الثالث من وجوه الإستدلال بالمعقول : أن الهبة فى هذه الحالة يتعذر تصحيحها على أنها بيع ؛ لجهالة العوض ، ويتعذر تصحيحها على أنها هبة ؛ لاشتراط الثواب فيها ، بناء على أنها لا تقتضيه ، فلا بد أن تبطل[٥] .

ونوقـش هـذا : بأن العقد فى هذه الحالة يكون هبة ابتداء ؛ اعتباراً بالفظ ، بيعاً إنتهاء ؛ إعتـباراً بالمعنى ؛ لأن الألفاظ قوالب المعانى ، فلا يجوز إلغاء اللفظ وإن وجب إعتبار المعنى ، إلا إذا تعذر الجمع ؛ للمنافاة بين اللفظ والمعنى ، ولا منافاة هنا ، فشرط العوض

---

(١) الذخيرة للقرافى ٢٧٢/٦ .

(٢) حاشـية الدسوقى ١١٤،٤/٤، الذخيرة للقرافى ٢٧١/٦، البيان للعمرانى ١٣٣/٨ ، الشرح الكبير مع المغنى ٢٧٤/٦ ،كشاف القناع للبهوتى ٣٠٠/٤ ، الروض الربع ص ٣٠٥.

(٣) المبسوط للسرخسى ٨٠/١٢.

(٤) الذخيرة للقرافى ٢٧١/٦.

(٥) الحاوى الكبير ٥٥١/٧ ، مغنى المحتاج ٥٤٨/٢ ، شرح المحلى ١١٤/٣ ، المبسوط ٨٠/١٢ .

لا يكــون أبلـــغ مـــن حقيقة التعويض ، وبحقيقة التعويض لا ينتفى معنى الهبة ، فبشرط العوض أولى .

ثـــم إن إنعقاد العقد باللفظ ، والمقصود هو الحكم ، وأوانه بعد تمام العقد ، فعند الإنعقاد اعتبرنا اللفظ ؛ لأن العقد ينعقد به ، وعند التمام اعتبرنا المقصود ، وما تردد بين أصلين توفر حظه عليهما ، فالمكاتب لما كان بمنزلة الحر من وجه ، وبمنزلة المملوك من وجه ، اعتبر الشبهان[١].

المذهب المختار :

بعد هذا العرض لمذاهب الفقهاء فى هذه المسألة وأدلتهم ، وما دار حولها من مناقشات وأجوبـــة ، يترجح فى نظري ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول ، من القول بمشروعية هـــبة الثواب المجهول ؛ وذلك لقوة أدلتهم ، وصحتها وسلامتها من المعارضة ، وضعف أدلة المخالفين.

ولأن هذا عقد كأى عقد ، تم بإرادة الطرفين وكامل رضاهما ، وتوافر الرضا أساس لحل مـــال الغير ، كما قال تعالى : **﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾** [٢] .

ولأن للمتعاقديـــن أن يضمنا العقد ما شاءا من الشروط ، طالما أنها لا تصطدم بكتاب الله وســـنة رســـوله صلى الله عليه وسلم ؛ إذ القاعدة أن "العقد شريعة المتعاقدين " واشتراط الـــثواب فـــى عقد الهبة لا يصطدم بكتاب الله ولا بسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، بل على العكس ، فقد تواردت الأدلة من الكتاب والسنة على الاعتراف به ، بل والعمل به ، فكان مشروعاً ولا حرج فيه بإذن الله تعالى .

والله تعـــالى أعلم .

⚘⚘⚘⚘⚘⚘

---

(١) المبسوط للسرخسي ٨٠/١٢

(٢) من الآية ٢٩ من سورة النساء .

الفرع الثانى
دعوى الثواب المجهول عن الهبة
والحكم فيها فى الفقه الإسلامى

إذا ثبت أن هبة الثواب المجهول مشروعة ، فإن ذلك يستلزم مشروعية دعوى الثواب المجهول ، فيكون للواهب هبة أراد بها الثواب واشترطه فى العقد ، أن يرفع دعوى يطالب فيها بهذا الثواب إن لم يحصل عليه طواعية من الموهوب له

وهذه الدعوى مقبولة رغم خلوها من مقدار الثواب الذى يطالب به المدعى فيها ؛ وفقاً لما سبق ورجحناه من مشروعية الدعوى بالمجهول . ولأن المدعى معذور فى جهله بما يطالب به ؛ حيث لم يتفق مع الموهوب له على مقدار الثواب الذى اشترطه عليه فى عقد الهبة .

فإذا ما رفعت هذه الدعوى ، فبماذا يحكم القاضى ؟

لقد بين الفقهاء ذلك عندما تحدثوا عما يمكن أن نسميه بـ **"معيار تقدير الثواب"** ، ولكنهم اختلفوا فى هذا المعيار إلى ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : يرى أصحابه أن تقدير الثواب يكون على أساس رضاء الواهب . روى هذا عن عمر بن الخطاب ، وعلى بن أبى طالب ، وفضالة بن عبيد ، ومالك بن أنس[1] والشافعى على القول الذى يرى أن الهبة المطلقة تقتضى ثواباً[2] وإليه ذهب الحنفية ، والإمام أحمد فى ظاهر مذهبه[3] .

المذهب الثانى : يرى أصحابه أن التقدير يكون بالقيمة أو بالمثل ، فيلزم الواهب لا الموهوب له قبول قيمة هبته أو مثلها . وإليه ذهب المالكية والشافعية فى الأصح ....

---

(١) هو الإمام مالك بن أنس بن أبى عامر الأصبحى الحميرى أبو عبد الله المدنى إمام دار الهجرة المولود بالمدينة سنة ٩٣هـ – على أغلب الروايات – وقيل : سنة ٩٤ ، وقيل سنة ٩٥ والمتوفى سنة ١٧٩هـ المدفون بالبقيع، إمام أحد أشهر مذاهب أهل السنة قال يحى بن معين "مالك أمير المؤمنين فى الحديث "وقال :"كان مالك حجج الله على خلقه" وقال الشافعى:" إذا جاء الأثر فمالك النجم وما أحد آمن على علم من مالك " وقال البخارى :"أصح الأسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر " (الديباج المذهب لابن فرحون ص ١٧ ، وفيات الأعيان ١٣٥/٤ ، حلية الأولياء ١٦/٦ الأعلام ٢٥٧/٥ ، ٢٥٨ د.محمد كامل حسين فى ترجمته للإمام مالك ضمن مقدمة الموطأ بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقى ١/طى حلى).

(٢) وسيأتى توضيح هذا الرأى فى المطلب القادم أن شاء الله تعالى .

(٣) تبيين الحقائق ٩٩/٥، البناية ٢٥٠/٩، شرح الأنصارى ، على المنهاج ٦٠٠/٣ ، ٦٠١ ، الحاوى ٥٥٠/٧، أسنى المطالب ٤٨٦/٢، المغنى ٣٣٣/٦ ، البيان للعمرانى ١٣٤/٨ .

والإمامية[١] .

المذهب الثالث :يرى أصحابه أن التقدير يكون على أساس العرف والعادة ، فيلزم الموهوب له بإعطاء الواهب ما يعد في العرف ثواباً لمثل هبته . وإلى هذا ذهب الشافعية في وجه[٢] .

الأدلة :

أدلة المذهب الأول

استدل أصحاب المذهب الأول على أن تقدير العوض يكون على أساس رضاء الواهب **بالسنة والأثر والمعقول** :

أما السنة : فما روى عن أنس رضى الله عنه أن أعرابياً وهب للنبي صلى الله عليه وسلم هبة فأثابه عليها . قال : "**أرضيت** " ؟ قال : لا فزاده ، قال: " **أرضيت** " ؟ قال: لا فزاده ، قال: "**أرضيت** " ؟ قال نعم . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : "لقد هممت أن لا أتهب هبة إلا من **قرشي** أو أنصاري أو **ثقفي**"[٣] .

وجه الدلالة من هذا الحديث ظاهر ؛ حيث إنه صلى الله عليه وسلم ظل يزيد الرجل في الثواب على عطيته حتى رضي ، ولم ينكر عليه ، فدل على أن للثواب يقدر برضاء الواهب[٤] .

وأما الأثر : فما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : "من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة ، فإنه لا يرجع فيها ، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد

---

(١) بداية المجتهد ٣٩٥/٢ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١١٤/٤ ، ١١٥ ، المنهاج ومغني المحتاج ٥٤٨/٢ ، الحاوى ٥٥٠/٧ ، البيان ١٣٤/٨. ووقت اعتبار القيمة في هذه الحالة هو وقت القبض لا وقت دفع الثواب على المعتمد عند المالكية والأصح عند الشافعية والإمامية .(الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١١٦/٤، مغني المحتاج ٤٥٨/٢ ،شرح المحلى ١١٤/٣ ،جواهر الكلام ٢٠٧/٢٨ ، ٢٠٨) .

(٢) الحاوى ٥٥٠/٧ ،البيان ١٣٤/٨ ،مغني المحتاج ٥٤٨/٢ .

(٣) رواه الإمام أحمد في مسندة ١٩٢/٢٥ . وعزاه الهيثمي إليه وإلى البزار والطبراني في الكبير وقال : "ورجال أحمد رجال الصحيح".(مجمع الزوائد كتاب البيوع باب ثواب الهدية والثناء والمكافأة ١٤٨/٤). كذا قال الزبيدي بعد أن عزاه إلى أحمد والطبراني والبزار عن ابن عباس . وعزاه أيضاً إلى أحمد والطبراني عن أبي هريرة وقال : "ورجاله ثقات".(إتحاف السادة المتقين ٢٩٧/٩ ط دار الفكر).

(٤) الحاوى ٥٥٠/٧ ، البيان ١٣٤/٨، المغني ٣٣٤/٦، الشرح الكبير معه ٢٧٥/٦ ، نيل الأوطار ٥/٦ سبل السلام ١٣٢/٣ .

بها الثواب ، فهو على هبته ، يرجع فيها إذا لم يرض منها[١] .

وجـه الدلالة من هذا الأثر ظاهر أيضاً ، حيث قد أعطى أمير المؤمنين عمر رضى الله عـــنه فـــيه الحق للواهب فى استرداد هبته من الموهوب له ، ما لم يعطه هذا الأخير من الثواب ما يرضيه ، فدل على ما نقول[٢] .

وأما المعقول : فهو أن هذا بيع ، فيعتبر فيه التراضى ، إلا أنه بيع بالمعاطاة ، فإذا عوضه عوضـــاً رضيه ، حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع التراضى بها ، وإن لم يحصل التراضـــى لـــم تصـــح ؛ لعـــدم العقد ، فإنه لم يوجد الإيجاب والقبول ، ولا المعاطاة مع التراضى[٣].

أدلة المذهب الثانى :

استدل أصحاب المذهب الثانى على أن تقدير الثواب يكون بمثل الهدية أو قيمتها بالمعقول من وجهين :

أحدهما : أن العقد إذا اقتضى العوض ولم يسم فيه شيء ، تجب فيه القيمة ، كمهر المثل و قيم المتلفات ، وهذا ينطبق على عقد الهبة[٤] .

والـثانى : أن الذى أهدى قصد أن يعطى أكثر مما أهدى ، فلا أقل من أن يعوض بنظير هديته[٥] .

أدلة المذهب الثالث :

استدل أصحاب المذهب الثالث على أن التقدير يكون بما جرت العادة أنه ثواب لمثل هذه الهبة بالمعقول من ثلاثة وجوه :

أحدها : أن الرضا لا ينحصر ، فكان العرف أولى أن يكون أساساً للتقدير[٦] .

والثانى : أن هذا الثواب وجب بالعرف ، فوجب قدره بالعرف[٧] .

---

(١) سبق تخريجه فى ص ٢٩٦ .

(٢) المغنى ٣٣٣/٦ ، الشرح الكبير معه ٢٧٤/٦ .

(٣) المغنى ٣٣٣/٦ ، الشرح الكبير معه ٢٧٤/٦.

(٤) الحاوى ٥٥١/٧ ، البيان ١٣٤/٨ ، مغنى المحتاج ٥٤٨/٢ .

(٥) نيل الأوطار ٥/٦ .

(٦)الحاوى الكبير ٥٥٠/٧ .

(٧) البيان للعمرانى ١٣٤/٨ .

والثالث : أن الواهب قد رضى بزوال ملكه بعوض ، وقد يشترى الشيىء النفيس بالثمن القليل[١] .

المذهب المختار :

من هذا العرض لمذاهب الفقهاء فى هذه المسألة ، يتضح أن لكل مذهب أدلته التى اعـتمدها لـتكون أساساً لما قال به ، إلا أن الناظر فى هذه الأدلة ، يرى أن أقواها أدلة المذهب الأول ، القائل بأن تقدير الثواب يكون على أساس رضاء الواهب ؛ حيث إن فيها نصاً عن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأثراً عن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عـنه . وقد خلت عن مثلهما أدلة المذاهب الأخرى ، الأمر الذى يدعو إلى القول بأن هذا المذهب هو الأصح والأولى بالقبول ....

والله تعـالى أعلم .

******

(١) المرجع السابق ١٣٤/٨ .

الفرع الثالث
موقف القانون المدني من
هبة الثواب المجهول والمدعوى به

تنص المادة ٢/٤٨٦ مدني على أنه : "يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين"

وتنص المادة ٤٩٧ مدني على أنه : "يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة".

وتنص المادة ٤٩٨ مدني على أنه "إذا تبين أن الشيء الموهوب أقل في القيمة من العوض المشترط ، فلا يكون الموهوب له ملزماً بأن يؤدى من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشيء الموهوب" .

من هذه النصوص يتبين أن الهبة بعوض تقع جائزة ، فيجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له أن يعوضه عن هذه الهبة . وبهذا يتحول العقد من كونه عقداً ملزماً لجانب واحد ، إلى كونه عقداً ملزماً للجانبين كالبيع ، يلتزم بمقتضاه الواهب بإعطاء الموهوب له الشيء الموهوب ، وفي المقابل يلتزم الموهوب له بالعوض .وعلى ذلك فمحل هذا العقد يتكون من الشيء الموهوب والعوض المشترط[١] .

إلا أن هذا العوض تنطبق عليه القواعد العامة ، فيسرى عليه ما يسرى على محل العقد بوجه عام ، وبالتالي ، فيجب أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود ، معيناً أو قابلاً للتعيين ، صالحاً للتعامل فيه ، مملوكاً للواهب ، غير مخالف للنظام العام أو الآداب[٢] .

وتعيين العوض يكون بنفس الكيفية التي يتم بها تعيين الشيء الموهوب ، السابق بيانها . إلا أنه يجب أن تكون قيمته المادية أقل من قيمة الشيء الموهوب ، حتى تستبقى الهبة صفتها باعتبارها تبرعاً ، فإنه لو كانت قيمة العوض تعادل قيمة الشيء الموهوب أو تقاربه ، فإن العقد يكون معاوضة لا تبرعاً ، وإذا قلت قيمة المقابل فإن التبرع يكون بمقدار الفرق ما بين قيمة الشيء الموهوب وقيمة المقابل[٣].

---

(١) د/السنهوري – الوسيط ١٤٠/٥ ف ٧٤ .

(٢) د/السنهوري المرجع السابق ١٤٠/٥ ، ١٤١ ، ١٦٣ ف ٧٥ ، ٩٠ ، د/محيي الدين اسماعيل علم الدين العقود المدنية الصغيرة ص ٣٤ – الطبعة الثانية – النشر الذهبي سنة ١٩٩٥م .

(٣) د/السنهوري الوسيط ١٦٣/٥ ف ٩٠.

فـــإذا تبيـــن أن الشـــئ الموهـــوب أقل فى القيمة من العوض المشترط ، لم يكن الموهوب له ملزماً بأن يؤدى من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشئ الموهوب[١].

وعلى ذلك فلا يصح أن يتفق فى عقد الهبة على عوض مجهول. واشتراط تعيين العـــوض بهذه الكيفية يجعلنا نقطع بعدم وجود مجال لدعوى العوض المجهول في القانون الوضـــعي لأنـــه لـــو لم يعين فى العقد لما صح ، وعدم صحته تستلزم عدم وجود مجال للدعوى به .



(١) المادة ٤٩٨ مدنى

المطلب الثالث
اقتضاء الهبة المطلقة للثواب
والدعوى به في الفقه الإسلامي ،
وموقف القانون المدني من ذلك

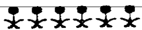
الهبة المطلقة هي الهبة التي لم يشترط فيها الواهب على الموهوب له أن يثيبه عليها أو يعوضه عنها . فهي هبة لم يفصح فيها الواهب عن رغبته في العوض .

وفيما يلي نبين – بمشيئة الله تعالى – هل هذه الهبة تقتضي ثواباً يمكن الدعوى به أم لا ؟ وإن كانت تقتضي ثواباً يمكن للواهب أن يدعى به على الموهوب له ، فكيف يحكم القاضي في هذه الدعوى ، أو على أي أساس يكون تقدير هذا الثواب أو العوض ؟ نبين ذلك كله في الفقه الإسلامي ، ثم نتبعه بموقف القانون المدني من هذا الموضوع . وذلك في ثلاثة فروع .

الفرع الأول : اقتضاء الهبة المطلقة للثواب فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : دعوى الثواب عن الهبة المطلقة ، والحكم فيها فى الفقه الإسلامى

الفرع الثالث : موقف القانون المدنى من اقتضاء الهبة المطلقة للثواب والدعوى به .



الفرع الأول
اقتضاء الهبة المطلقة
للثـــواب في الفقه الإسلامي

إذا وهـــب إنسان لغيره هبة ولم يشترط عليه ثواباً أو لم يطلب منه عوضاً ، فهل هبته هذه تقتضى ثواباً ؟ أو بعبارة أخرى : هل لنا أن نعتبر أن العوض مشروط فى هذه الهبة بشكل ضمني ، وبالتالي يلزم الموهوب له بدفعه للواهب حين يطلبه ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك إلى مذهبين :

المذهـب الأول :- يرى أصحابه أن الهبة المطلقة تقتضى ثواباً إذا جرى العرف بذلـــك أو دلَّــت قرائن الأحوال على رغبة الواهب فى الثواب ، ويلزم الموهوب له بدفعه للواهب إن طلبه . إلى هذا ذهب المالكية[١] والشافعي في القديم[٢] وبعض الزيدية[٣] وابن تيمية[٤] وإليه ذهب الحنيفة إذا لم يوجد مانع من الرجوع فى الهبة[٥].

المذهـب الـثانى :- يـــرى أصحابة أن الهبة المطلقة لا تقتضى ثواباً ، فلا يلزم الموهوب له بدفع عوض للواهب عن الشئ الموهوب . وإلى هذا ذهب الشافعي فى الجديد

---

(١) بداية المجتهد ٣٩٥/٢، الكافى لابن عبد البر ص ٥٣٢ ، التاج والإكليل ٣٠/٨ ، ٣١ ،المدونة الكبرى ١٤٠/٦ .

(٢) وقـــد حصر بعض الفقهاء الشافعية صور الهبة التى لا تقتضى ثواباً فيما يلى :- أ- هبة الإنسان لمن دونه، لأن المقصود بهـــا التفضل . ب- هبة الغنى للفقير، لأن المقصود بها النفع . جـــ- هبة البالغ العاقل للصبى أو المجنون، لأنها ممن لا يصح الإعتـــياض مـــنه . د- الهـــبة للأهل والأقارب ،لأن المقصود بها صلة الرحم . هـــ-الهبة للمنافر المعادى، لأن المقصود بها التألـــيف . و-الهبة للعلماء والزهاد، لأن المقصود بها القربة والتبرك . ز-الهبة للأصدقاء والإخوان ،لأن المقصود بها تأكيد المودة . ح-الهبة لمن أعان بجاه أو بمال، لأن المقصود بها المكافأة . ففى هذه الصور الثمانية لا يستحق الواهب ثواباً أو مكافأة عـــلى هبـــته . أما ما عداها مما يظهر أن المقصود بها الثواب أو المكافأة كهبة الفقير للغنى ، وكالهبة فى مناسبات الزواج أو الخـــتان أو الـــنجاح أو مـــا إلى ذلك فإنه لا يـــستحق عليها ثواباً أيضاً على منهب الشافعى الجديد ، أما على القديم فإنه يستحق عليها ثواباً وإن لم ينص عليه فى العقد. (راجع:الحاوى ٥٤٩/٧ ، ٥٥٠ البيان ١٣١/٨ ، مغنى المحتاج ٥٤٧/٢ ، ٥٤٨ حاشية البجيرمى على شرح الأنصارى ٢٤٢/٣).

(٣) السيل الجرار للشوكانى ٢٩٨/٣ .

(٤) مجموعة الفتاوى لابن تيمية ٢٨٥/٣٥ ، ٢٨٩

(٥) وموانـــع الرجوع فى الهبة عند الحنفية سبعة مجموعة فى قولهم :"دمع خزقة " وهى أ- الزيادة المتصلة كالغرس والبناء ، ب-وموت أحد المتعاقدين . جـ-والعوض بأن يقول خذه عوض هبتك أو بد لها . د-وخروج الهبة عن ملك الموهوب له . هـــ-والزوجـــية . و-والقرابة ~~كأن يهب لغنى~~ كأن يهب لذى رحم محرم ح-وهلاك العين الموهوبة.(البدائع ١٩٣/٦ ، ١٩٤ ، الهداية والعناية وتكملة الفتح ٣٩/٩ وما بعدها ،تبين الحقائق ٩٧/٥ وما بعدها الاختيار لتعليل المختار ٥١/٣ وما بعدها).

والحنابلة والظاهرية والإمامية وبعض الزيدية وهو مذهب الحنيفة إذا وجد مانع من الرجوع في الهبة[١].

الأدلة والمناقشات :

أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول بالسنة والآثار والإجماع والمعقول :

أما **السنة فمنها** :

١- **ما روى عن عائشة رضى الله عنها** قالت : **كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها**[٢] .

وجه الدلالة من هذا الحديث : أنه يبين أن النبي صلى الله عليه وسلم كان مواظباً على مكافأة من يهديه هدية . ومواظبته صلى الله عليه وسلم على ذلك دليل على الوجوب[٣]. **وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه غير صحيح لوجهين** :

أحدهما : أن الحديث لا يدل على وجوب المكافأة على الهبة إذا لم يشترطها الواهب ، وغاية ما يدل عليه : أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يثيب الواهب على هبته ، وهذا لا ننكره ، لأنه فعل حسن ، إنما ننكر وجوبه ؛ إذ لم يوجبه نص من القرآن أو السنة[٤].

والثاني : أن مجرد الفعل لا يدل على الوجوب ، لأنه قد يقال : إنما فعله مستمراً لما جُبل عليه صلى الله عليه وسلم من مكارم الأخلاق لا لوجوبه[٥].

وأجيب على الوجه الأول : بأننا لم نقل بوجوب مكافأة الواهب على هبته مطلقاً إنما قلنا

---

(١) الحاوى ٥٤٩/٧ ، ٥٥٠، البيان ١٣١/٨ ، ١٣٢،مغنى المحتاج ٥٤٧/٢ ، ٥٤٨ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى٣/ ٢٤٢ المغنى ٣٣١/٦ ، ٣٣٢، الشرح الكبير معه ٢٧٣/٦، الكافى لابن قدامة ٤٦٨/٢، الروض المربع ص ٣٠٥ ، المحلى لابن حزم ١٣٠/٩، شرائع الإسلام ٢٣٢/٢، السيل الجرار ٢٩٧/٣ ، ٢٩٨، نيل الأوطار ٥/٦ ،سبل السلام ١٣٢/٣ .

(٢) رواه الأئمة : أحمد فى مسنده ٩٠/٦، والبخارى فى صحيحة كتاب الهبة باب(١١) المكافأة فى الهبة ٢٤٩/٥ (٢٥٨٥) مع الفتح ، وأبو داود فى سنة كتاب البيوع باب فى قبول الهبة ٢٩٠/٣ ، والترمذى فى صحيحة أبواب البر والصلة باب ما جاء فى قبول الهدية والمكافأة عليها ٧٢/٦ ، ٧٣ (٢٠١٩) من تحفة الأحوذى والبيهقى فى سنة كتاب الهبات باب المكافأة فى الهبة ١٨٠/٦.

(٣)نيل الأوطار ٥/٦.

(٤) المحلى لابن حزم ١٣٠/٩ .

(٥) نيل الأوطار ٥/٦ سبل السلام ١٢٣/٣ .

بذلك إذا جرى العرف به أو دلت قرائن الأحوال عليه[١].

ويجاب على الوجه الثاني : بأن مجرد الفعل لا يدل على الوجوب لو لم يعضد الفعل بالقول ، وأقوال الرسول صلى الله عليه وسلم قد انضمت إلى أفعاله في التدليل على وجوب مكافأة الواهب على هبته إذا جرى عرف بذلك أو دلت عليه قرائن الأحوال ، وهذا ما فهمه الصحابة الكرام وعلى رأسهم عمر و علي رضي الله تعالى عنهما – كما يأتي بيانه .

٦ـ **ما روي عن ابن عباس رضى الله عنهما** أن أعرابياً وهب للنبي صلى الله عليه وسلم هبة فأثابه عليها قال :"**أرضيت**" ؟ قال : لا. فزاده ، قال : "**أرضيت**" ؟ قال لا. فزاده ، قال :"**أرضيت**"؟ قال : نعم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : "**لقد هممت أن لا أتهب هبة إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي** "[٢].

وجه الدلالة من هذا الحديث : أن النبي صلى الله عليه وسلم لما رأى من قرائن حال الرجل الذي وهبه هبة أنه أراد ثواباً عليها ، أعطاه وظل يزيده حتى رضي ولم ينكر عليه صلى الله عليه وسلم ذلك فدل على ما نقول[٣] .

ونوقش هذا الاستدلال أيضاً بأنه غير صحيح ؛ لأن غاية ما يدل عليه الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أثاب الرجل على هديته وهذا فعل حسن لا ننكره إنما ننكر أن يكون ذلك واجباً إذ لم يوجبه نص قرآن ولا سنة[٤].

وأجيب على هذه المناقشة : بأنه لولا وجوب المكافأة واستحقاق الأعرابي لها لما صبر الرسول صلى الله عليه وسلم على طمع الأعرابي وأذاه[٥] . وبأنه إذا جرى العرف علي وجوب المكافأة على الهبة كان ذلك كالشرط فيها ، وكان قبول الهبة رضا بالتزامها[٦].

---

(١) المدونة الكبرى ١٣٩/٦.

(٢) سبق تخريجه في ص ٣٠٣.

(٣) الحاوى ٥٤٩/٧ ، ٥٥٠ ، نيل الأوطار ٥/٦ .

(٤) المحلى لابن حزام ١٣٠/٩.

(٥) الحاوى الكبير للماوردى ٤٢٠/٩.

(٦)المبسوط للسرخسي ١٠١/١٢ ، ط دار المعرفة، الحاوى الكبير ٤٢٠/٩ .

٣- **ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم** أنه قال : **"الواهب أحق بهبته ما لم يُثب منها"**[١].

وجه الدلالة من هذا الحديث ظاهر ، حيث إن النبى صلى الله عليه وسلم قد أعطى فيه الحق للواهب فى استرداد هبته ما لم يكافأ عليها ، سواء اشترط المكافأة فى العقد أو لم يشترط فدل على وجوبها .

ونوقش هذا الاستدلال أيضاً بأنه غير صحيح لثلاثة وجوه :

أحدها : أن الحديث روى من طريق إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع . وهو ضعيف كما هو واضح فى تخريجه .

والثانى : أنه روى عن عمرو بن دينار[٢] عن أبى هريرة ، وعمرو بن دينار ليس له سماع أصلاً من أبى هريرة ولا أدركه بعقله أصلاً فهو منقطع[٣].

والثالث : أن الحديث – على فرض صحته – حجة على المتعلقين به لا لهم، لأن نصه **"الواهب أحق بهبته ما لم يُثب منها"** فلم يخص ذارحم من غيره، ولا هبة اشترط فيها الثواب من غيرها، ولا ثواباً قليلاً من كثير، وهذا كله يخالف قول أبى حنفية ومالك[٤].

---

(١) رواه ابن ماجة فى سننه ٢/٧٩٨ (٢٣٨٧)، والدار قطنى فى سننه ٣/٤٣ ،والبيهقي فى سننه كتاب الهبات باب المكافأة فى الهبة ٦/١٨١ .وفى إسناده إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع قال البيهقي : وهو ضعيف عند أهل العلم " وقال فى الزوائد : "وهو ضعيف" – سنن البيهقى وسنن ابن ماجة الموضعان السابقان.وروى الحاكم نحوه عن ابن عمر رضى الله عنهما ، وصححه على شرط الشيخين ووافقه الذهبى – المستدرك للحاكم والتلخيص للذهبى كتاب البيوع باب إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ٢/٥٢، بلوغ المرام بشرح سبل السلام ٣/١٣٦ .

(٢) هو عمرو بن دينار، الجمحى بالولاء، الفارسى الأصل أبو أحمد الأثرم المولود بصنعاء سنة ٤٦هـ والمتوفى بمكة سنة ١٢٦ أو ١٢٧ أو ١٢٨ هـ على اختلاف الروايات – كان فقيهاً مجتهداً مفتياً لأهل مكة .قال فيه شعبة :" ما رأيت أثبت فى الحديث منه " وقال النسائى : "ثقة ثبت" . وقال ابن المدينى "له خمسمائة حديث ". (تهذيب التهذيب لابن حجر ٨/٢٨ الأعلام للزركلى ٥/٧٧).

(٣) المحلى لابن حزم ٩/١٣٠ .

(٤) المرجع السابق ٩/١٣٠ .

ويجاب عن الوجهين الأولين : بأن الحديث قد روى الحاكم[١] نحوه عن ابن عمر رضى الله عنهما ، وصححه على شرط الشيخين ووافقه الذهبى[٢] . كما أن معناه قد تأيد بنصوص أخرى منها ما سبق ذكره ، وبفهم الصحابة الكرام رضوان الله تعالى عليهم .

وأجيب على الوجه الثالث : بأن المدار فى إيجاب الثواب عل الهبة المطلقة على جريان العرف به أو دلالة الحال عليه ، بغض النظر عن الهبة لذى الرحم وغيره[٣].

وأما الآثار فمنها :

١- **ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه** قال : "من وهب هبة لصلة رحم أو علـــى وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها"[٤]

٢- **ما روى عن على رضى الله عنه أنه** قال : "المواهب ثلاثة : موهبة يراد بها وجه الله، وموهبة يراد بها وجه الناس ، وموهبة يراد بها الثواب ، فموهبة الثواب يرجع فيها صاحبها إذا لم يُثب منها "[٥].

فهذان الأثران يدلان بصراحتهما على ما نقول[٦]

---

(١) هو الإمام محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه ، الحافظ الناقد العلامة شيخ المحدثين أبو عبد الله النيسابورى يعرف بابن البـــيع، صاحب التصانيف . ولد فى ربيع الأول سنة ٣٢١هـــ وتوفى فى صفر سنة ٤٠٥ وقيل : سنة ٤٠٣ هـــ . قال فى العـــبر : "وبرع فى معرفة الحديث وفنونه وصنف التصانيف الكثيرة وانتهت إليه رياسة الفن بخراسان لابل بالدنيا وكان فيه تشـــيع وحط على معاوية وهو ثقة حجة: من تصانيفه "المستدرك " "والتاريخ " "وعلوم الحديث " "والمدخل " "والإكليل" وغيرها. (البداية والنهاية ٣٥٥/١١ شذرات الذهب ١٧٦/٣ سير النبلاء ١٦٢/١٧ (١٠٠) تذكرة الحفاظ ١٠٣٩/٣ (٩٦٢) طبقات الحفاظ للسيوطى ص ٤٠٩ (٩٢٩).

(٢) هو الامام الحافظ محدث العصر ومؤرخ الإسلام شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز التركمانى ثم الدمشقى الذهبى المولود سنة ٦٧٣ والمتوفى بدمشق سنة ٧٤٨ هـــ من مصنفاته :"تاريخ الإسلام وسير اعلام النبلاء وميزان الاعـــتدال وغيرها. قال السيوطى: ان المحدثين عيال الآن فى الرجال وغيرها من فنون الحديث على أربعة : المزى والذهبى والعـــراقى وابـــن حجر " وقال ابن حجر شربت ماء زمزم لأصل إلى مرتبة الذهبي في الحفظ .(شذرات الذهب ١٥٣/٦ طبقات الشافعية للإسنوى ص ١٨٤ طبقات القراء للجزرى ٧١/٢ ،طبقات الشافعية لابن قاضى شبهة ٣٥ / ٥٥ (٦١٥) طبقات الحفاظ للسيوطى ص ٥١٧ (١١٤٦).

(٣) المدونة الكبرى ١٣٩/٦ ، المنتقى للباجى ١١٢/٢ الذخيرة للقرافى ٢٧٨/٦ .

(٤) سبق تخريجه فى ص ٢٩٦ وانظر البيان ١٣٢/٨، المغنى ٣٣١/٦ ،الشرح الكبير معه ٢٧٣/٦ ،السيل الجرار ٢٩٧/٣ ، ٢٩٨ .

(٥) سبق تخريجه فى ص ٢٩٦ .

(٦) الجامع الأحكام القرآن للقرطبى ٤٠/١٤ .

وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه غير صحيح لوجهين :

أحدهما : أن نص هذين الأثرين يتعارض مع ما تقرر من حرمة الرجوع فى الهبة إذا لم تكن من والد لولده ، المنصوص عليها فى حديث ابن عمر و ابن عباس رضى الله عنهم الذى قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم " **لا يحل لرجل أن يعطى عطية أو يهب هبة ثم يرجع فيها ، إلا الوالد فيما يعطى ولده ، ومثلُ الذى يرجع فى عطيته أو هبته كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء ثم عاد فيه**"[1].

والثانى : أنهما يخالفان ما ذهب إليه الحنفية أنفسهم حيث، إنهما يبيحان الرجوع فى الهبة لكل واهب أراد الثواب على هبته ، ولم يرد فيهما استثناء مانع من الموانع التى تمنع الرجوع فى الهبة عند الحنفية كالمحرمية والزوجية وغيرها . فلم يكن لهم فيهما حجه[2].

ويمكن أن يجاب عن الوجه الأول : بأن معارضة هذين الأثرين لحديث ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم لا تقدح فى دلالتهما على المدعى لأنهما لم يبيحا الرجوع فى الهبة لكل واهب وإنما أباحاه فقط لمن قصد بهبته الثواب ولم يثب عليها ثواباً يرضيه . وهذا الاتجاه له أصل فى أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها ما رواه ابن عباس نفسه رضى الله عنهما ، وهو حديث الأعرابى الذى وهب للنبى صلى الله عليه وسلم هبة فأثابه عليها وظل يزيده حتى رضى[3] ، ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك . ومنها حديث "**الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها**"[4] وعلى ذلك فهذه المناقشة لا وجه لها .

وأجيب عن الوجه الثانى : بأن المدار فى إيجاب الثواب على الهبة المطلقة على جريان العرف به أو دلالة الحال عليه بغض النظر عن الهبة لذى الرحم وغيره[5].

وأما الإجماع : فقد حكاه الكاسانى – **رحمه الله** – حيث قال : "وأما إجماع الصحابة فإنه روى عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا على وعبد الله بن عمر وأبى

---

(١) البيان ١٣٢/٨ ، المغنى ٣٣١/٦ ، ٣٣٢ ،الشرح الكبير معه ٢٧٣/٦ ،السيل الجرار ٢٩٨/٣ و الحديث سبق تخريجه فى ص ٢٧٥ .

(٢) المحلى لابن حزم ١٣٢/٩ ، ١٣٣ .

(٣) راجع نص الحديث وتخريجه فى ص ٣٠٣ .

(٤) سبق تخريجه فى ص ٣١٢ .

(٥) المدونة الكبرى ١٣٩/٦ المنتقى للباجى ١١٢/٢ الذخيرة للقرافى ٢٧٨/٦ .

الـــدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضى الله عنهم ، أنهم قالوا مثل مذهبنا، ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعاً "(١).

وقد ناقش الإمام ابن حزم هذا الاجماع فقال : إن الأخبار التى تفيد الإجماع عادت كلها خلافاً لقولهم فإن كانت إجماعاً فقد خالفوا الإجماع وإن كانت حجة حتى لا يجوز خلافها فقــد خـــالفوا حجـــة الحق التى لا يجوز خلافها ، وإن لم تكن حجة ولا إجماعاً فالإيهام بإيرادها لا يجوز. وقد روينا خلاف ذلك عن الصحابة كما روينا من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج أخبرنى ابن طاووس عن أبيه أنه قال فى قضاء معاذ بن جبل(٢) باليمن بين أهلهـــا قضـــى أنـــه أيما رجل وهب أرضاً على أنك تسمع وتطيع فسمع له وأطاع فهى للموهوبة له وأيما رجل وهب كذا وكذا إلى أجل ثم رجع إليه فهو للواهب إذا جاء الأجل ، وأيما رجل وهب أرضاً ولم يشترط فهى للموهوبة له (٣)

ويجـاب عـلى هـذه المناقشـة بأنها لا وجه لها ، حيث لم تثبت مخالفة واحد من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قال به عمر وعلى وعثمان وغيرهم رضى الله عـــنهم والقـــول بأن قضاء معاذ رضى الله عنه يخالفهم غير صحيح : فنصه "أيما رجل وهـــب أرضـــاً علـــى أنك تسمع وتطيع ، فسمع له وأطاع فهى للموهوبة له " وهذا يفيد بصـــراحته موافقـــتهم إذ الســـمع والطاعة نوع من العوض . لأن العوض المقصود هنا العـــوض المطلـــق الشامل للصيانة والخدمة والمال . فقد قال قاضى زادة – رحمه الله – :"العـــادة الظاهـــرة أن الإنسان يهدى إلى من فوقه ليصونه بجاهه وإلى من دونه ليخدمه وإلى من يساويه ليعوضه"(٤).

---

(١) البدائع ١٩٣/٦ .

(٢) هـــو معـــاذ بـــن جبل بن عمر وبن أوس الأنصارى الخزرجى ، أبو عبد الرحمن.صحابي جليل شهد العقبة مع الأنصار السبعين ، وشهد بدراً واحداً والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعثه النبى صلى الله عليه وسلم بعد غزوة تبوك قاضياً ومرشداً لأهل اليمن وأرسل معه كتاباً يقول فيه :"**إنــى بعثت لكم خير أهلى** " وكان رضى الله عنه أعـــلم الأمة بالحلال والحرام ومن أحسن الناس وجهاً وأسمحهم كفاً . قال فيه عمر بن الخطاب رضى الله عنه : "لولا معاذ لهلـــك عمر " يُنوه بعلمه له ١٥٧ حديثاً ..وتوفى رضى الله عنه قبل سنة ١٧ وقيل : ١٨هـــ عن عمر بلغ ٢٨ أو ٣٢ أو ٣٣ ســـنة على اختلاف الروايات.(الإصابة ١٠٦/٦، أسد الغابة ٤١٨/٤ ،حلية الأولياء ٢٢٨/١ ،الطبقات الكبرى لابن سعد ٥٨٣/٣ ط دار صادر بيروت سنة ١٤٠٥ هـــ – ١٩٨٥ م).

(٣) المحلى ١٣٣/٩ ، ١٣٤ .

(٤) تكملة فتح القدير ٤٠/٩ ، ٤١ .

وأما المعقول فمن وجوه :أحدها : أن العوض المالى قد يكون مقصوداً من هبة الأجانب فإن الإنسان قد يهب من الأجنبى إحساناً إليه وإنعاماً عليه، وقد يهب له طمعاً فى المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة فالموهوب مندوب إلى ذلك شرعاً قال الله تعالى : **﴿هل جزاء الإحسان إلا الإحسان﴾**(١).

والثانى : أن العرف يقوم مقام الشرط فوجب اعتباره .(٢)

والثالث : أن الذى أهدى قصد أن يعطى أكثر مما أهدى ، فلا أقل من أن يعوض بنظير هديته(٣).

وقد نوقش الوجه الثانى من هذه الوجوه : بأنه غير صحيح لأن المقصود من الهبة اكتساب الصيت بإظهار الجود والسخاء لا طلب العوض فمن طلب منها العوض ، فقد طلب من العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلاً(٤).

وأجيب على هذه المناقشة : بأن إظهار الجود ليس مقصود كل الناس ، إنما هو مقصود ميسور الحال إذا أهدى لمن هو دونه مادياً ، أما غيره فبشهادة العرف مقصوده هو العوض فوجب تعويضه(٥).

أدلة المذهب الثانى :

استدل أصحاب المذهب الثانى على أن الهبة المطلقة لا تقتضى ثواباً بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب : فقوله تعالى : **﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾**(٦) . وقوله تعالى : **﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ولا تبطلوا أعمالكم﴾**(٧)

---

(١) البدائع ١٩٣/٦ ، ١٩٤ ، والآية ٦٠ من سورة الرحمن .

(٢) بداية المجتهد ٣٩٥/٢، سبل السلام ١٣٢/٣ ،البيان للعمرانى ١٣٢/٨ .

(٣) نيل الأوطار ٥/٦ .

(٤) البدائع ١٩٣/٦ .

(٥) المبسوط للسرخسى ٥٤/١٢ ، ط دار المعرفة بيروت – البدائع ١٩٣/٦ ، ١٩٤ ، الذخيرة ٢٧١/٦ ، ٢٧٢ .

(٦) من الآية الأولى من سورة المائدة .

(٧) الآية ٣٣ من سورة محمد .

فهاتان الآيتان تدلان على أن الهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً ، لأنها عقد من العقود التي يجب الوفاء بها بنص الآية الأولى ، كما أنها عمل من أعمال البر التى لا يجوز لأحد إبطالها بنص الآية الثانية(١).

ونوقش هذا الاستدلال بأنه غير صحيح لأن وجوب الوفاء بالعقود إنما يكون بعد تمامها ، وتمامها يكون بحصول المقصود منها ، والعوض مقصود فى عقد الهبة ، وبالتالي فلا يلزم الوفاء بهذا العقد إلا بعد حصول العوض ، لأنه ينعقد باللفظ ، والمقصود هو الحكم وأوانه بعد تمام العقد ، فعند الانعقاد اعتبرنا اللفظ ، وعند التمام اعتبرنا المقصود ، وما تردد بين أصلين توفر حظه عليهما(٢).

وأما السنة : فقوله صلى الله عليه وسلم : "**لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه**"(٣).

وجه الدلالة من هذا الحديث : أن النبى صلى الله عليه وسلم قد حرم فيه مال المسلم على غيره إلا ما أعطاه منه عن طيب نفس وخاطر ، والزام الموهوب له فى هذه الحالة على دفع عوض للواهب ، يعد من أكل ماله بالباطل ، حيث لم تطب نفسه به ، إذ هو غير مشترط عليه فى العقد .

ونوقش هذا بأن الحديث حجة عليكم لا لكم ، لأن الواهب لم تطب نفسه بما وهب ، إلا لعلمه الأكيد بأنه سيكافأ على هبته بدلالة العرف السائد أو قرائن الأحوال ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : "**تهادوا تحابوا** "(٤) فإن التفاعل يقتضي وجود الفعل من الجانبين كالمفاعلة وبالتالي فلو لم يكافأ الواهب على هبته هذه كانت حراماً على الموهوب له(٥).

---

(١) المحلى لابن حزم ١٢٧/٩ .

(٢) المبسوط للسرخسى ٨٠/١٢ .

(٣) سبق تخريجه فى ص ٨٣ وانظر الحاوى الكبير ٥٥٠/٧ .

(٤) جزء من حديث رواه الإمام مالك فى الموطأ كتاب حسن الخلق باب (٤) ما جاء فى المهاجرة ٩٠٨/٢ (١٦) عن عطاء بن أبي مسلم عن عبد الله الخراسانى قال : قال رسول صلى الله عليه وسلم "**تصافحوا يذهب الغل ، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء**" قال ابن عبد البر : " وهذا يتصل من وجوه شتى كلها حسان " (التمهيد لما فى الموطأ من المعانى والاسانيد لابن عبد البر المالكى ١٢/٢١ تحقيق سعيد أحمد أعراب – مؤتة للتوزيع سنة ١٤١٠هـ – ١٩٩٥م) ورواه البيهقى فى سننه ١٦٩/٦ بلفظ المتن عن أبي هريرة رضى الله عنه . ورواه الطبرانى فى الأوسط ٢٣٤/٩ (٧٢٤٠) عن عائشة رضى الله عنها بلفظ : "**تهادوا وتحابوا وهاجروا تورثوا أولادكم مجداً ، وأقيلوا الكرام عثراتهم**" وقال "لم يرو هذا الحديث عن القاسم إلا عبيد الله بن العيزار تفرد به المثنى أبو حاتم ".

(٥) المبسوط للسرخسى ٥٤/١٢ .

وأما المعقول فمن ثلاثة وجوه :

أحدها : أن الهبة عطية على وجه التبرع ، فلم تقتض ثواباً ، كهبة المثل والوصية[١]. أو بعبارة أخرى : إن الهبة فى هذه الحالة تمليك العين من غير عوض فكان حكمها ملك الموهوب من غير عوض[٢].

والثانى : أن العقود لا يختلف استحقاق البدل فيها باختلاف العاقدين لها ، اعتباراً بسائر العقود من البيع والإجارة فى استحقاقه ، والوصية والعارية فى اسقاطه[٣].

والثالث : أن مدلول اللفظ فى الهبة المطلقة انتفاء العوض والقرينة لا تساويه فلا يصح إعمالها[٤].

وقد نوقشت هذه الاستدلالات بما يلى :-

أولاً :- القياس على الوصية قياس مع الفارق من عدة وجوه أهمها .

١- أن الهبة عقد تمليك عين مالية فى الحال ، بخلاف الوصة ، فإنها ليست بعقد تمليك فى الحال ، وإنما شرعت للخلافة عن الموصى ثم الملك من ثمراته[٥].

٢- أن المكافأة لا تستحق فى الوصية بلا خلاف ، وفى استحقاقها بالهبة خلاف[٦].

٣- أن الوصية بالمجهول جائزة بلا خلاف ، وفى جواز هبة المجهول خلاف[٧].

٤- أن الوصية تجوز لمن ليس بمالك فى الحال من خمل ومتبطر ، أما الهبة فتبطل كذلك[٨].

٥- أن تمام الوصية بالقبول دون القبض، وتمام الهبة بالقبض[٩].

٦- أن الوصية تراد لثواب الآخرة ، فلذلك لم تقتض أعواض الدنيا كالصدقة بخلاف الهبة[١٠]. وعلى ذلك فقياس الهبة على الوصية قياس باطل .

ثانياً : أن الهبة لو لم تقتض الثواب أصلاً لكانت بمعنى الصدقة وليس كذلك فإن الأغلب

---

(١) الحاوى ٧/٥٥٠ ،البيان ٨/١٣٢ ،المغنى ٦/٣٣١ ،الشرح الكبير معه ٦/٢٧٣ ،الكافى لابن قدامة ٢/٤٦٨ .

(٢) البدائع ٦/١٩٣ .

(٣) الحاوى الكبير ٧/٥٥٠ .

(٤) كشاف القناع للبهوتى ٤/٣٠٠ .

(٥) البدائع ٦/١٩٤، المبسوط للسرخسى ١٢/٧٢ .

(٦،٧،٨،٩،١٠) الحاوى الكبير للماوردى ٧/٥٥١ .

من حال الذى يهدى أن يطلب الثواب ولا سيما إذا كان فقيراً[١].

ثالثاً : القــول بــأن مدلول اللفظ في الهبة المطلقة انتفاء العوض مسلّم طالما لم يطلب الواهــب الثواب لكن طلبه الثواب أقطع عما بداخله من عدم رضائه بالهبة إلا بالعوض ، والرضا هو المناط الشرعي في تحليل مال الغير ، فوجبت مكافأته[٢].

المذهب المختار :-

بعــد هــذا العــرض لكلاً المذهبين فى هذه المسألة وأدلتهما وما دار حولها من مناقشات وأجوبة ، أرانى أميل إلى ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول من القول بأن الهبة المطلقة تقتضى ثواباً إذا جرى العرف بذلك أو دلت عليه قرائن الحال وذلك لقوة أدلتهم وصحتها وسلامتها من المعارضه ، وضعف أدلة المخالفين .

ولأن فـــى العمـــل بهــذا المذهب تعميماً لروح الأخوة بين أفراد المجتمع المسلم ، ودعماً لمعـــانى الــتواد والتواصل والتكافل والتراحم فيما بينهم فإن من ينتفع من الناس وينفعهم جديـــر بأن يكون عضواً صالحاً فى المجتمع يسأل عنه الناس إذا غاب ، ويفتدونه بأغلى ما يملكون إذا اقتضت الضرورة ذلك. بخلاف غيره ممن ينتفع من الناس ولا ينفعهم فإنه لابد وأن ينبذ من المجتمع وأن ينفر منه وأن يزدريه العامة والخاصة . وصدق الله العظيم إذ يقول:"وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها إن الله كان على كل شئ حسيباً "[٣]

هـــذا

والله تعالـــى أعلم .

******

---

(١) الذخيرة ٢٧١/٦، ٢٧٢، فتح البارى ٢٤٩/٥ .

(٢) السيل الجرار للشوكانى ٢٩٥/٣ ، ٣٠٤ .

(٣) الآية رقم ٨٦ من سورة النساء .

الفرع الثانى
دعوى الثواب المجهول
عن الهبة المطلقة فى الفقه الإسلامى

إذا ثبت أن الهبة المطلقة تقتضى ثواباً إذا جرى العرف بذلك أو دلت عليه قرائن الأحــوال فإن للواهب أن يرفع دعوى يطالب فيها الموهوب له بهذا الثواب تماماً كما لو كــان الــثواب مشــترطاً فــى عقد الهبة ،وذلك وفقاً لما سبق ورجحناه من جواز دعوى المجهول عموماً ، ولما نص عليه بعض الفقهاء بشأن دعوى الثواب عن الهبة خصوصاً ، فقــد جــاء فى أشباه السيوطى : "الدعوى بالمجهول تصح فى مسائل منها : كل ما كان المطلوب فيه موقوفاً على تقدير القاضى ، فإن الدعوى بالمجهول تسمع فيه ، كالمفوضة تطلب الفرض ، والواهب يطلب الثواب ، إذا قلنا بوجوبه "[1]

ولما كان الثواب فى هذه الحالة مجهولاً، فإن الحكم فى هذه الدعوى يكون كالحكم فيما لو كــان الثواب مجهولاً ومشترطاً فى العقد ، وقد سبق لنا بيان ذلك ، وبيان مذاهب الفقهاء فــى معــيار تقدير الثواب الذى يحكم به القاضى ، وتوضيح أن الراجح منها هو المذهب القائل بأن التقدير يكون على أساس رضاء الواهب ، حيث قد أيده الدليل الصحيح ، وعمل النبى صلى الله عليه وسلم .

والله تعالــى أعلم .



---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠٤ .

الفرع الثالث
موقف القانون المدني من إقتضاء الهبة المطلقة الثواب ودعوى الثواب عليها

إذا وهب إنسان شيئاً لغيره ، ولم يشترط عليه عوضاً عن هذا الشيء ، فهل هذه الهبة تقتضى عوضاً قانوناً ؟ أو هل لنا أن نعتبر أن هناك شرطاً ضمنياً على الموهوب له أن يعوض الواهب عن هبته هذه ؟

تنص المادة ١/٤٨٦ مدنى على أن : "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض " .

ومن هذا النص يتضح أن الهبة المطلقة لا تقتضى عوضاً ، وذلك لأنه بين أن الهبة فى الأصل تكون بلا عوض ، أى بلا مقابل ؛ لأنه يتحقق فيها افتقار من جانب الواهب وإثراء من جانب الموهوب له ، وهذا الإثراء يترتب على ذلك الافتقار[1].

وتظل الهبة دون عوض ولو كانت من الهبات المتبادلة التى تقدم فى المناسبات، كالأفراح وأعياد الميلاد وحفلات القران وما إلى ذلك . فالصديق يقدم لصديقه هدية فى إحدى هذه المناسبات ، قاصداً التبرع ، ولا ينفى هذه النية عنده توقعه أن صديقه سيقدم له هدية فى مناسبة مقبلة[2].

وما قد يقصده المتبرع من منفعة من وراء تبرعه لا يدخل بطبيعة الحال فى نطاق العقد[3].

وقد قضت محكمة الصف بأن ما يقدمه الناس بعضهم لبعض فى الأفراح باسم "النقوط" إن هو إلا هبة تتم بالقبض ، ولا حق للواهب فى طلب استرداد هبته وللموهوب له حق ردها بمثلها أو أقل أو أكثر منها ، فى ظروف كالظروف التى أخذها فيها ، وهذا يكون بالتراضى لا بحكم القاضى[4].

وبالنظر فى هذا الحكم نجده قد أعطى للموهوب له الحرية فى المكافأة على الهبة أو عدم المكافأة . كما أنه أو كل إليه إختيار ما يكافئ عليها به إن اختار المكافأة ، فله مطلق الحرية فى أن يكافئ على الهبة أو لا يكافئ كما أنه حر فى اختيار ما يكافئ به من مثل الهدية أو أقل أو أكثر منها . فإن لم يكافئ فلا يصح إجباره على المكافأة قضاء .

---

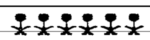
(١) د/ السنهورى – الوسيط ١٧/٥ ف ٤ ،د/محى الدين إسماعيل علم الدين – العقود المدنية الصغيرة ص ١٢ .

(٢) د/السنهورى – الوسيط ١٧/٥ ، ١٨ ف ٤ ،م . أنور طلبه التعليق على نصوص القانون المدنى ٦٧٩/١ ، ٦٨٠ – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية .

(٣) د/محمود جمال الدين زكي – العقود المسماة ف ٣٢ ، ٣٣ ط سنة ١٩٥٣ .

(٤) ٢٩ يناير سنة ١٩٣٤ – أشار إليه د.السنهورى فى الوسيط ١٨/٥ هامش (١) نقلاً عن المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٧ ص ٦٠ ،كما أشار إليه المستشار أنور طلبه فى تعليقه على نصوص القانون المدنى ٦٧٩/١ ، ٦٨٠ .

مـــن هذا يتضح أن الهبة المطلقة لا تقضى عوضاً ، وترتيباً على ذلك فلا مجال للحديث عن دعوى الثواب أو العوض عن الهبة قانوناً .



المطلب الرابع
مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في أحكام الدعوى بالمجهول في مجال الهبة

بالنظر فيما سبق من أحكام بشأن دعوى المجهول في مجال الهبة في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني ، نجد أن دعوى المجهول في الفقه الإسلامي صحيحة ومقبولة في مجال الهبة ، وخاصة في هبة المجهول وهبة الثواب المجهول ، والهبة المطلقة إذا اقتضت ثواباً بعرف أو بقرينة الحال . وذلك وفقاً للرأي الراجح في كل من هذه المواطن ، ونرى أيضاً كيف بذل الفقهاء المسلمون جهوداً كبيرة في بيان ما يجب على القاضي أن يحكم به في مثل هذه الدعاوى .

أما في القانون المدني فإن دعوى المجهول لا تتصور في مجال الهبة لأن الهبة – كأي عقد آخر – يجب أن يكون محلها معيناً أو قابلاً للتعيين ، سواء كانت بلا عوض أو بعوض كما أن إطلاقها لا يقتضي عوضاً . وهذا كله يحول دون تصور قيام دعوى المجهول في مجالها .

والواقع أن القانون المدني ، لم يذهب بعيداً عن الفقه الإسلامي في تقريره لهذه الأحكام ، وإنما هو اتفق مع بعض مذاهبه .

ففي هبة المجهول : اتفق مع ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والظاهرية وبعض الحنابلة وابن قدامة في احتمال له ، والزيدية إذا لم يفسر الواهب هبته بعد العقد من القول بعدم صحة هبة المجهول مطلقاً[١]. وبالتالي عدم جواز دعوى هبة المجهول .

وفي هبة الثواب المجهول : اتفق مع ما ذهب إليه أبو ثور والشافعية في المذهب والحنابلة والظاهرية من القول بعدم صحة هبة الثواب المجهول[٢]. وبالتالي عدم جواز دعوى الثواب المجهول عن هبة الثواب المجهول .

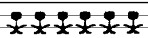
وفي اقتضاء الهبة المطلقة للثواب : اتفق مع ما ذهب إليه الشافعي في الجديد والحنابلة والظاهرية والإمامية وبعض الزيدية ، والحنفية إذا وجد مانع من الرجوع في الهبة[٣]،من القول بعدم اقتضاء الهبة المطلقة للثواب ....

---

(١) راجع ص ٢٧٣ .
(٢) راجع ص ٢٩٠ .
(٣) راجع ص ٣٠٩ ، ٣١٠ .

وبالـــتالى عـــدم مشروعية دعوى الثواب المجهول عن الهبة المطلقة.إلا أنه قد ظهر لنا بالدلـــيل الصحيح ، أن ما جنح إليه القانون المدنى من مذاهب فقهية ضعيفة ، وأن غيرها أقوى دليلاً منها ، وأبلغ فى تحقيق المصلحة الدينية والدنيوية فيا حبذا لو عدَّل المقنن هذه الأحكـــام لتكون متفقة ومتسقة مع المذاهب الراجحة فى الفقه الإسلامى ، ويتحقق بالفعل قـــول المذكرة التفسيرية للقانون المدنى : "إن الأحكام الموضوعية للهبة فى هذا القانون ، مستمدة من الشريعة الإسلامية " ....

وبالله تعالى التوفيق .



الفصل الثالث
أحكام الدعوى بالمجهول
في مجال التصرفات المثبتة للحقوق ، والمسقطة لها في الفقه الإسلامي والقانون المدني

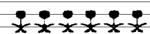
تمهيد :

أقصد بالتصرفات المثبتة للحقوق : تلك التي يترتب عليها ثبوت حق للمتصرف على غيره ، أو لغيره عليه ، أو لغيره على غيره كالإقرار والشهادة واليمين .

وبالتصرفات المسقطة للحقوق : تلك التي يترتب عليها سقوط حق للمتصرف أو لمن ينوب عنه ، قِبَلَ غيره كالإبراء والطلاق ، والخلع ، والعتق .

وأبرز ما نتصور فيه دعوى المجهول في مجال هذه التصرفات : الإقرار ، والإبراء؛ لأن الإقرار يصح ويلزم ولو كان بمجهول في قول كافة الفقهاء . وصحته بالمجهول تستلزم صحة الدعوى به مجهولاً . كما أن الإبراء يصح ويلزم ولو كان من دين مجهول في قول كثير من الفقهاء منهم الحنفية والمالكية والشافعي في القديم . وصحة الإبراء من المجهول ، تستلزم صحة الدعوى به ابتداء بطريق الطلب ، بأن يطلب المدعي – المبرأ – من القضاء الحكم له بصحة ونفاذ الإبراء الصادر له من دائنه ، وجواباً بطريق الدفع إذا طالبه الدائن بدينه عن طريق القضاء بعد صدور الإبراء منه .

وفي هذا الفصل أبين – بمشيئة الله تعالى – مشروعية الإقرار بالمجهول والدعوى به والحكم فيها في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، ومشروعية الإبراء من المجهول والدعوى به والحكم فيها في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، وذلك في مبحثين على النحو التالي :



المبحث الأول
حجية الإقرار بالمجهول
والدعوى به والحكم فيها
في الفقه الإسلامي والقانون المدني

يقصد بالإقرار في اللغة : الإثبات من قولهم : قرَّ الشئ يقر قراراً ، إذا اثبت[١].

وفي عرف الفقهاء : إظهار مكلف مختار ما عليه ، بلفظ أو كتابة أو إشارة أخرس أو على موكله أو موليه أو مورثه ، بما يمكن صدقه[٢] .

وفي هذا المبحث أبين – بمشيئة الله تعالى – مشروعية أوحجية الإقرار بالمجهول والدعوى به في الفقه الإسلامي ، وموقف القانون المدني منها ، والحكم في دعوى الإقرار بالمجهول وذلك في مطلبين أتبعهما بمطلب ثالث أقارن فيه بين الفقه الاسلامي والقانون المدني في هذا الموضوع ، على النحو التالي :

✡✡✡✡✡✡

---

(١) لسان العرب لابن منظور مادة قرر ٨٤/٥ ، مغني المحتاج ٣٢٢/٢ .

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٥٦٩/٣ ط دار الفكر .

المطلب الأول
حجية الإقرار بالمجهول
ومشروعيـــــــة الدعوى به في
الفقه الإسلامي وموقف القانون المدني منها

فـي فـرع أول أبيــن حجــية الإقرار بالمجهول ومشروعية الدعوى به في الفقه الإسلامـــــي

وفي فرع ثان أبين موقف القانون المدني من ذلك ، على النحو التالي :

******

الفرع الأول
حجية الإقرار بالمجهول
ومشروعية الدعوى به في الفقه الإسلامي

أولاً :- حجية الإقرار بالمجهول في الفقه الإسلامي :

الإقرار إما أن يكون بمعلوم ، وإما أن يكون بمجهول فالأول كقوله : "لفلان على ألف جنيه مصرى " . والثانى كقوله : "لفلان على شئ أو حق ، أو مال ، أو دراهم ، أو جنيهات ، أو ألف " وما شابه ذلك .

وكما أن الإقرار بمعلوم صحيح وملزم فكذلك الإقرار بمجهول صحيح وملزم أيضاً ، باتفاق الفقهاء ، سواء كان ابتداء ، أى غير قضائى ، أم جواباً عن دعوى ، أى قضائياً ، وسواء كان بمجهول الذات أم بمجهول الصفة أم بمجهول القدر[١].

وإنما صح الإقرار بمجهول لما يلى :

١- أن الحق قد يلزم الإنسان مجهولاً كأن يتلف مالاً لا يعرف قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها ، أو يبقى عليه باقية حساب لا يعرف قدرها ، وهو محتاج إلى براءة ذمته بالإلغاء أو التراضى ، فاقتضى ذلك صحة الإقرار بالمجهول[٢].

٢- أن الإقرار إخبار عن حق سابق ، والشئ يخبر به مفصلاً تارة ومجملاً أخرى إما للجهل به ، أو لثبوته مجهولاً بوصية ونحوها أو لغير ذلك[٣].

---

(١) قال في المغني ٣١٣/٥ : "وإذا قال لفلان على شئ أو كذا صح إقراره ولزمه تفسيره وهذا لا خلاف فيه " ونحو هذا في المبدع ٣٥٥/١٠.وانظر أيضاً الهداية ١١٩١/٣ ،تبين الحقائق ٣/٥، البناية ٥٣٦/٨ ط دار الفكر، البحر الرائق ٢٥٠/٧، مجمع الضمانات لابن غانم البغدادى ٧٦٥/٢ تحقيق د.محمد أحمد سراج ،د.على جمعة محمد ط دار السلام – القاهرة – سنة ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩م، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٥٩ ط دار الكتب العلمية – بيروت سنة ١٤١٣ هـ – ١٩٩٣ م ، غمز عيون البصائر للحموى ٦٥/٣ ط دار الكتب العلمية – بيروت ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٢١٦/٧ ، جواهر الإكليل ١٣٥/٢ ، شرح منح الجليل ٤١١/٣، البيان للعمرانى ٤٣٥/١٣ ، أدب القضاء لابن أبى الدم ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ المنهاج مع مغنى المحتاج ٣٣٤/٢ ، شرح المحلى ٧/٣ ،الإنصاف للمرداوى ١٧٦/١٢، الكافى لابن قدامة ٥٩٠/٤ ، حدائق الأزهار والسيل الجرار ١٨١/٤ ، ١٨٢ ، التاج المذهب ٥٨/٤ ، شرائع الإسلام ١٤٥/٣، شرح كتاب النيل لابن أطفيش ٥٧٧/١٣ .

(٢) الهداية ١١٩١/٣ ، البدائع ٣١٦/٧ تبين الحقائق ٤/٥ ، العناية للبابرتى ٢٢٤/٨ ، الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلى ١٢٨/٢ ط دار الدعوة .

(٣) الاختيار لتعليل المختار ١٢٨/٢،البيان للعمرانى ٤٣٥/٣ ، مغنى المحتاج ٣٣٤/٢ ،حاشية البجيرمى على فتح الوهاب للأنصارى ٥٩/٣ كفاية الأخيار فى حل غاية الاختصار للإمام أبى بكر الحصنى ٣٧٨/٢ تحقيق الشيخ كامل محمد عويضة ط دار الكتب العلمية – بيروت – نهاية المحتاج ٨٦/٥ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ٣٧٥/٥ .

٣- أن المقـر لا يؤمن رجوعه عن إقراره ، فيضيع حق المقر له ، فالزمناه إياه مع الجهالة لذلك[١].

بيد أن لصحة هذا الإقرار ضابطاً ، فليس كل إقرار بمجهول صحيحاً ، لأن من أقر لغيره بشئ مجهول ، إما أن يبين سبب ثبوت ما أقربه فى ذمته ، وإما أن لا يبينه .

فإن بين السبب فلا بد لكى يكون إقراره صحيحاً ، أن يكون سبباً مما يمكن أن تتحقق معه الجهالـة وذلـك كالغصب والوديعة والإتلاف والوصية وغيرها ، وإلا فلا يكون الإقرار صـحيحاً . وفـى ذلك يقول قاضي زادة – رحمه الله – : "والحاصل أن كل تصرف لا يشـترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف فالإقرار به مع الجهالة صحيح ، وذلك كالغصب والوديعة فإن الجهالة لا تمنع تحقق الغصب والوديعة فإن من غصب من رجـل مـالاً مجهـولاً فـى كيس ، أو أودعه مالاً مجهولاً فى كيس فإنه يصح الغصب والوديعـة ويثبـت حكمهما . وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف، فالإقرار به مع الجهالة لا يصح ،وذلك كالبيع والإجارة فإن من أقر أنه باع من فـلان شيئاً أو أجر من فلان شيئاً أو اشترى من فلان كذا بشئ، لا يصح ولا يجبر المقر علـى تسـليم شـئ ؛ وهذا لأن الثابت بالإقرار كالثابت معاينة ، ولو عاينا أنه باع شيئاً مجهولاً لا يجب تسليم شئ بحكم هذا البيع لكونه فاسداً فكذا إذا ثبت بالإقرار ولو عاينا أنه غصب شيئاً مجهولاً فى كيس يجبر على الرد فكذا إذا ثبت بالإقرار "[٢].

أما إذا لم يبين السبب وأطلق إقراره فإن إقراره يصح ويحمل على أن السبب مما يمكن أن تتحقق معه الجهالة ما لم يثبت العكس[٣].

ثانياً :ـ مشروعية دعوى الإقرار بالمجهول فى الفقه الإسلامى :

إذا ثبـت أن الإقرار بالمجهول صحيح وملزم فإن لمن صدر له هذا الإقرار وفقاً لضابطه الـذى بيناه أن يرفع دعوى على المقر يطالبه فيها بما أقر به ، فيقول : أدعى على فلان مبلغاً من المال بسبب قرض مثلاً وأنه أقر لى به .

وهذه الدعوى صحيحة وإن كان المدعى به فيها مجهولاً ، وقد نص عليها كثير من

---

(١) المغنى ٣١٣/٥ ، الشرح الكبير مع المغنى ٣٣٧/٥ ، المبدع ٣٥٥/١٠ .

(٢) نتائج الأفكار ٣٢٦/٨ ، ونحو هذا فى المادة (١٥٧٩) من المجلة شرح المجلة لسليم رستم باز ٨٦٦/٢ .

(٣) تبين الحقائق ٤/٥ ، البحر الرائق ٢٥٠/٧ ، درر الحكام ٨٢/١٢ .

الفقهاء[١]. وذلك لما يلي :

أولاً : لأن الإقــرار إخــبار عن الوجوب في الذمة فكما أنه يصح بمجهول فكذلك تصح الدعوى به مجهولاً[٢].

ثانيــاً : أن هــذا ما تقتضيه صحة الإقرار بالمجهول التي اتفق عليها الفقهاء فحتى يلزم المقــر بتفسير ما أقر به بذكر مبلغه وجنسه وصفته وغير ذلك وحتى يلزم بدفعه للمقر له لابد من قبول هذه الدعوى ، إذ لو لم تقبل لما أمكن إلزامه بشئ من ذلك[٣].

ثالـثاً : قياســاً علــى دعوى الوصية بالمجهول ، فهذه إنما جازت وقبلت لأن الوصية بــالمجهول جائــزة فكذلــك دعوى الإقرار بالمجهول تجوز لأن الإقرار بالمجهول جائز وإقامة البينة عليه جائزة[٤].

وإذا كان هذا هو رأى أكثر الفقهاء وتلك تعليلاته فقد ذهب بعض الشافعية وبعض الحنابلة وبعض الإمامية إلى عدم جواز رفع هذه الدعوى[٥] ، **واستدلوا على ذلك بما يلى** :

أولاً : أن الإقرار ليس حقاً يدعى ولا يصلح أن يكون سبباً لحق يدعى ولذا كانت الدعوى به معلوماً غير مقبولة فمجهولاً أولى[٦].

ثانياً : أن الدعوى حق للمدعى فإذا ردت عليه عدل إلى معلوم[٧] .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢٥٣/٨ ،حاشية الشلبي على الزيلعي ٢٩١/٤ وفيه : "وتصح دعوى الإقرار المجهول بلا خلاف" درر الحكام ١٦١/١٤ ،شرح المجلة لسليم رستم باز ٩١١/٢ ، ٩١٢ ،الأصول القضائية ٨/٧ ،تهذيب الفروق ١٥٧/٤ ،البيان ١٥٣/١٣ ،نهاية المحتاج ٣٤١/٨ ،شرح الأنصارى على المنهاج وحاشية الجمل ٤١٤/٥ ،العزيز شرح الوجيز ١٣/ ١٥٧ ،روضــة الطالــبين ٩/١٢ ، ١٠ ، مغنى المحتاج ٥٩٠/٤ ،حاشية القليوبى على المحلى ٣٣٦/٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠٠ ،تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ٢٩/١٠ ،أدب القضاء لابن أبى الدم ص ٢٠٤ ، جواهر العقود ٣٩٦/٢ ، المغــنى ٤٤٩/١١ ،الشرح الكبير مع المغنى ٤٣٦/١١ ،الكافى لابن قدامة ٤٨٦/٤ ،الفروع لابن مفلح ٤٦٠/٦ ،البحر الزخار ٣٩٤/٦ ،السيل الجرار ١٤١/٤ هامش (٣) ،التاج المذهب ٨/٤ ،شرائع الإسلام ١٠٧/٤ .

(٢) الأصول القضائية ص ٨،جواهر العقود ٣٩٦/٢،البيان ١٥٣/١٣ ،أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٢٠٢ ، المغنى ١١/ ٤٤٩ ،الشرح الكبير مع المغنى ٤٤٦/١١ .

(٣) الأصول القضائية ص ٨ ،شرح الخرشى ١٥٤/٧ ،تهذيب الفروق ١٥٧/٤ ،شرح الزرقانى ١٣٥/٧ ، ١٣٦.

(٤) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠٠ ،الفروع لابن مفلح ٤٦٠/٦ ،شرائع الإسلام ١٠٧/٤ ، أدب القضاء لابن أبي الدم صـــ ٢٠٥ .

(٦) الإنصاف ١١/ ٢٥٥ ،الفروع لابن مفلح ٤٦٠/٦ ، ٤٦١ ، القواعد فى الفقه لابن رجب الحنبلى ص ٢٣٣ .

(٧) المراجع السابقة — المواضع نفسها .

ثالثاً : أن الإقرار لا يثبت حقاً فى نفس الأمر ، بل إذا ثبت قضى به ظاهراً(١).

إلا أن الناظر فى هذه المبررات يرى أن هذا الخلاف ليس جوهرياً لأن هؤلاء المعترضين بـنوا رأيهم على ما إذا جعل المدعى الإقرار بالمجهول مدعى به فى دعواه أو سبباً للحق الذى يدعيه بأن قال مثلاً : أدعى على فلان أنه أقر لى بمبلغ من المال فى ذمته أو قال : أدعى على فلان مبلغاً من المال ، لأنه أقر لى به . أو بسبب إقراره لى به فإن كان الأمر كذلـك فـلا تجـوز الدعوى؛لأن المدعى قد جعل المدعى به إما الإقرار ذاته ، وإما حقاً وصرح بأنه استحقه بسبب الإقرار الصادر من خصمه وهذا يتعارض مع ما قرره الفقهاء مـن أن الإقـرار ليس حقاً ولا يصلح سبباً لحق حتى ولو كان معلوماً(٢) لأنه لم يوضع لإفادتـه الملكـية بل الإخبار عن حصول شئ والخبر قد يكون صدقاً وقد يكون كذباً فلا يكون استحقاق المدعى للحق للمدعى مجزوماً به فلا تسمع دعواه(٣).

أما إذا لم يجعل المدعى الإقرار هو المدعى به أو هو سبب ما يدعيه بأن قال مثلاً : أدعى على فلانَ مبلغاً من المال بسبب غصب مثلاً و أنه أقر لى بذلك فهذا أمر معقول ومقبول ، خاصـة وأن الجميع قد اتفقوا على صحة الإقرار بالمجهول ، وعلى الزام المقر بتفسير ما أقر به.

ولا شك أن هذا يقتضى صحة رفع الدعوى ، لإلزامه بذلك ....

والله تعـــالى أعلم

⚲⚲⚲⚲⚲⚲

---

(١) شرائع الإسلام ١٠٧/٤ ، جواهر الكلام ٤٠ /٣٨١ .

(٢) معنى المحتاج ٢ /٣٤٣ ، الإنصاف ١١ /٢٥٥ ، الفروع ٦ /٤٦٠ ، القواعد فى الفقه لابن رجب الحنبلى ص٢٣٣ ، نظرية الدعوى د . محمد نعيم ياسين ١ /٣٦٨ .

(٣) الأصول القضائية ص ٢٦ .

الفرع الثانى
موقف القانون المدني
من حجية الإقرار بالمجهول والدعوى به

إذا كنا قد عرفنا أن دعوى الإقرار بالمجهول متوقفة على حجية الإقرار بالمجهول ، فـلا بد وأن نبين أولاً موقف القانون المدنى من الاحتجاج بالاقرار بالمجهول لنرى بعد ذلك ما إذا كان لدعوى الإقرار بالمجهول مجال فى القانون أم لا . وبيان ذلك فيما يلى :-

أولاً : موقف القانون المدنى من الاحتجاج بالإقرار بالمجهول .

ينقسم الإقرار فى القانون الوضعى إلى إقرار قضائى ، وإقرار غير قضائى[1].

ولـم يعرض التقنين المدنى الحالى ولا القديم للإقرار غير القضائى ومعنى ذلك أنه تركه للقواعد العامة .

وقد عرفت المادة ١٠٣ من قانون الإثبات الإقرار القضائى بأنه "اعتراف الخصم أمام القضـاء بواقعـة قانونـية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير فى الدعوى ، المتعلقة بهذه الواقعة "

أما الإقرار غير القضائى ، فقد عرفه الفقه بأنه ما ليس كذلك ، أى أنه اعتراف يصدر فى غـير مجلس القضاء أصلاً ، أو فى دعوى أخرى غير الدعوى المنظورة ، المتمسك فيها بهذا الإقرار - أو على رأى البعض - فى نفس الدعوى ولكن أمام محكمة غير مختصة ، يكون عدم اختصاصها ليس متعلقاً بالنظام العام "[2].

وللـنوع الأول من الإقرار حجية قاطعة على المقر وعلى خلفه العام وقد نصت على هذه الحجية المادة ١٠٤ من قانون الإثبات[3] ،كما أن هذا ما يؤيده المنطق السليم إذ ليس بعد اعتراف المدعى عليه بالواقعة المدعاة من دليل على صدق الإدعاء ولذا لا يجوز

---

(١) د السـنهورى - الوسـيط ٦٢٣/١ ف ٢٤٥ ، د . سليمان مرقس - أصول الإثبات وإجراءاته فى المواد المدنية فى القانون المصرى ١ /٥١٢ ف ١٨٥ ط عالم الكتب - القاهرة سنة ١٩٨١ م ، د . سمير تناغو - النظرية العامة فى الإثبات ص ١٢٢ ط سنة ١٩٩٩ م .

(٢) د .سـليمان مرقس - أصول الإثبات وإجراءاته فى المواد المدنية ١ /٥١٢ ، ٥٦٠ ف ١٨٥ ، ١٩٤ ، الشيخ أحمد إبراهيم بك - طرق الإثبات الشرعية ٢ /٣٦٦ ط ٣ سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥ .

(٣) حيـث قالـت : " الإقرار حجة قاطعة على المقر ، ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة ، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى ".

تكليف المدعي بالإثبات ، إذا ما صدر إقرار في الدعوى ولا يملك المقر الرجوع في إقراره ولا يملك تقديم دليل ينقضه .

كما أن هذا الإقرار ملزم أيضاً للمحكمة فلا تملك إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات عكسه[١].

إلا أنه لكي يحوز هذه الحجية لا بد وأن يكون محله – المقر به – معيناً تعييناً كافياً ، مانعاً من الجهالة الفاحشة ، مما يفيد أن الإقرار بالمجهول لا يصح ولا يحوز الحجية إلا إذا كانت جهالته يسيرة وقابلة للتعيين ؛ وذلك أن التكييف القانوني للإقرار ، أنه واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني ، وهو مالا تستقيم معه جهالة المقربه الفاحشة . وفي ذلك يقول الدكتور السنهوري : " ....وما دام الإقرار ينطوي على تصرف قانوني ، وهو ضرب من تصرف في الشئ المقربه ، لذلك يجب أن يكون محل الإقرار معيناً تعييناً كافياً مانعاً من الجهالة الفاحشة[٢]. ويقول الدكتور سليمان مرقس : "ويشترط أن يكون المقربه معيناً أو قابلاً للتعيين ، وإلا فلا يصح الإقرار ، ولا يرتب في ذمة المقر التزامات"[٣].

هذا بالنسبة للنوع الأول – الإقرار القضائي – أما بالنسبة للنوع الثاني – الإقرار غير القضائي – فحجيته محل خلاف بين فقهاء القانون حيث ذهب كثير منهم إلى أن هذا النوع من الإقرار لا يلزم المقر ويملك اثبات عكسه ولا يوجب على المحكمة الأخذ به ، ويخضع لمطلق تقدير قاضي الموضوع ، فله تجزئته ، وله اعتباره دليلاً كاملاً في الإثبات ، أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو مجرد قرينة ، أو لا يأخذ به أصلاً ، وهو في كل هذا

---

(١) د. جميل الشرقاوي – الإثبات في المواد المدنية ص ١٧٢ ط دار النهضة العربية – القاهرة – سنة ١٩٨٢ د. السنهوري – الوسيط ٢/ ٦٥٩ ف ٢٥٨ أ. صلاح حمدي أ . لبيب حليم-البيان في شرح قانون الإثبات ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ ط دار الأدباء سنة ١٩٨٠ م .ويرى الدكتور أبو الوفا أن الإقرار ملزم أيضاً للدائنين للمقر ما لم يتمسكوا بعدم نفاده في حقهم – التعليق على نصوص قانون الإثبات د.أحمد أبو الوفا ص ٢٩٦ ط ٢ منشأة المعارف سنة ١٩٨١ م .

(٢) د. السنهوري – الوسيط ٦٤٤/٢ ف ٢٥٠ .

(٣) د. سليمان مرقس –أصول الإثبات وإجراءاته أنه في المواد المدنية ٤٩٣/١ كما أن هذا ما صرحت به المادة ١/٤٦٣ إثبات عراقي حيث قضت بانه يشترط ألا يكون المقربه مجهولاً جهالة فاحشة أما الجهالة اليسيرة فلا تكون مانعاً من صحة الإقرار " وهو أيضاً ما صرحت به المادة ٤٠٨ من القانون المغربي ، والمادة ٤٣١ من القانون التونسي حيث جاء فيها "يجب أن يكون الشئ المقربه معيناً أو قابلاً للتعين" وكذلك المادة ١/٤٨ بينات أردني حيث نصت على أنه "يشترط في المقربه أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين، وإلا فلايصح الإقرار ولا يرتب في ذمة المقر إلتزاماً "(د. سليمان مرقس أصول الإثبات وأجراءاته ٤٩٣/١ هامش ٤١).

إنمــا يباشــر سلطته التقديرية التى لا معقب عليها من محكمة النقض ، متى كان تقديره سائغاً[١].

ومعــنى ذلــك أن هذا النوع من الإقرار ليست له حجية قانونية ملزمة للمقر ولا للقاضى .

وهذا ما أيدته محكمة النقض[٢].

بينما ذهب رأى آخر – بحــق – إلــى أن الإقرار غير القضائى ، متى ثبت وجــوده وجديــته كالإقرار القضائى تماماً ، فحجيته قاطعة لازمة لا تتجزأ . وقد أخذت بهذا الاتجاه محكمة الاستئناف المختلطة " حيث قررت أنه متى ثبت للقاضى جدية الإقرار غير القضائى ، فإن هذا الاقرار لا يقبل التجزئة[٣].

وأيا ما كان الأمر فإنه يجب فى هذا الاقرار أن يكون محله معيناً تعييناً كافياً نافياً للجهالــة الفاحشــة مثله مثل الإقرار القضائى تماماً ؛ إذ كلاهما تصرف قانونى فى الشئ المقــربه محكــوم بالقواعد العامة التى توجب أن يكون محل التصرف ممكناً ، ومعيناً أو قابلاً للتعيين وأن يكون فيه مصلحة شخصية للدائن ، وأن يكون قابلاً للتعامل فيه وهذا ما أكدته محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٩٦٧/١/١٩ حيث قضت بأن الإقرار قضائياً كــان أو غير قضائى يتضمن نزول المقر عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه ،

---

(١) د. أحمد أبو الوفا – التعليق على نصوص قانون الإثبات ص ٣٠٣ ،د. سليمان مرقس –أصول الإثبات وإجراءاته ١/ ٥٦٥ ف ١٩٦ .

(٢) نقض مدنى ١٩٦٨/١/٩ طعن رقم ٩٩ لسنة ٣٢ ق، نقض ١٩٦٨/١١/٢٨ طعن رقم ٥٤٦ لسنة ٣٤ ق ،نقض ٤ /١٩٧٠/٢ طعن رقم ٥٩٢ لسنة ٣٤ ق، نقض ١٩٧٢/٣/٩ طعن رقم ٦٥ لسنة ٣٧ ق نقض ١٩٧٣/٤/١٢ طعن رقم ١١٤ لســـنة ٣٨ق – موسوعة دائرة المعارف القانونية أ. ياسر محمود نصار ١١٩/١ وما بعدها نقض مدنى ١٩٧٥/١/١ طعــن رقم ٩٤ لسنة ٣٨ق نقض ١٩٧٥/٢/٤ طعن رقم ٢٧ لسنة ٤٠ق ، نقض ١٩٧٦/١/٢٧ طعن رقم ٥١١ لسنة ٤١ ق نقــض ١٩٧٧/١١/١٦ طعــن رقم ٤٢١ لسنة ٢٤ ق ، نقض ١٩٧٨/٥/٢٤ طعن رقم ٥٥٤ لسنة ٤٤ ق – مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات ص ٤١ ، ٤٢ ، ٤٣ .

(٣) د. ســليمان مرقس – اصول الإثبات وإجراءاته ٥٦٩/١ ، ٥٧٠ ف ١٩٧، د. جميل الشرقاوى – الإثبات فى المواد المدنية ص ١٨٢ ط دار النهضة العربية سنة ١٩٨٢ د.سمير تناغو – النظرية العامة للإثبات ص ١٢٣ ط سنة ١٩٩٩ م د. السنهورى – الوسيط ٦٧٧/٢ ف ٢٤٦ ، استئناف مختلط ١٩١٤/٥/٢٣ (٢٦ ص ٣٩٢) ، ١٩٢٧/١/٢٨ (٣٩ ص ١٧١).

وهـــو بهـــذه المثابة ، ينطوى على تصرف قانونى من جانب واحد ، فيشترط لصحته ما يشترط لصحة سائر التصرفات القانونية *[1] .

ثانياً : موقف القانون المدنى من دعوى الإقرار بالمجهول :

لـــم أر فـــى القانون المدنى نصاً يفيد جواز دعوى الإقرار بالمجهول ، ولم يتكلم شـــراح القـــانون – على حد علمى – فى ذلك ، وهذه نتيجة طبيعية لعدم اعتراف القانون بالاقـــرار بـــالمجهول إلا إذا كانت جهالته يسيرة وقابلة للتعيين . ومعلوم أن الشئ القابل للتعيين كالمعين ؛ حيث تبين له الأسس التى يتحدد ويعين عليها ، فمن أقر لغيره – مثلاً – أنه السارق لما ضاع منه بالأمس ، يكون كمن أقر لغيره أنه سرق منه مبلغاً من المال مقـــداره كـــذا ، وذلـــك لأن تحديد موعد ضياع المال يجعل الجهل بمقداره يسيراً وقابلاً للتعيين فما على المقر له إلا أن يراجع نفسه ليصل إلى تحديد ما سُرق منه – المقربه –

ومثل هذا النوع من الجهالة لا يحتاج إلى وقت ولا إلى جهد وربما لا يحتاج أيضاً إلى تدخل القضاء ، لإستيضاح أمره ، والوقوف على حقيقته .

⚘⚘⚘⚘⚘⚘

---

(١) أ . ياسر محمود نصار موسوعة دائرة المعارف القانونية ١١٧/١ ، ١١٨ – الطعن رقم ٢٧ لسنة ٣٣ ق .

المطلب الثانى

الحكم فى دعوى الإقرار بالمجهول فى الفقه الإسلامى

إذا ثبتت مشروعية الإقرار بالمجهول وحجيته وثبتت أيضاً مشروعية الدعوى به ، فما هو السبيل الذى يجب أن يسلكه القاضى فى مثل هذه القضية ، حتى يستطيع أن يحكم فيها ؟

يجب على القاضى حين تعرض عليه هذه القضية أن يحضر المدعى عليه – المقر – فيأمره بتفسير إقراره ، ثم يحكم عليه بما فسر به إقراره للمدعى – المقر له – فى حدود معينة سيأتى بيانها إن شاء الله تعالى .

وفيما يلى بيان هاتين الخطوتين :-

الخطوة الأولى : إجبار المقر على تفسير إقراره :

حين ترفع دعوى يطالب فيها المدعى بشئ مجهول ، أقر له به المدعى عليه ، فإنه يجب على القاضى أن يحضر المدعى عليه ، فيأمره بتفسير إقراره ، وخاصة لو كان هذا الإقرار صحيحاً وفقاً للضابط الذى سبق وبيناه .

فإن استجاب وفسر إقراره حكم عليه القاضى به .

وإن امتنع من التفسير أجبره القاضى عليه ولو بالحبس وإذا حُبس للتفسير فلا يخرج من السجن حتى يفسر[1] وذلك لما يلى :

أولاً : لأن المقر هو المجمل ، والرجوع فى بيان المجمَل إلى المجمِل[2] .قال الله تعالى:
﴿ فإذا قرأناه فاتبع قرآنه ثم إن علينا بيانه﴾[3] .

ثانياً : أن القضاء بالمجهول غير ممكن ، فكان لابد من البيان حتى يتيسر سبيل الحكم بالحق المدعى[4] . فالإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً إلا أنه لا يحكم به إلا......

---

(١) مجمع الضمانات لابن غانم البغدادى ٢/ ٧٦٥ الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٣ / ٤٠٥ ،مختصر خليل ومواهب الجليل والتاج والإكليل ٧/ ٢٣٤ ، تهذيب الفروق ٤ / ١٥٧ ، البيان ١٣ / ٤٣٥ ، أدب القضاء لابن أبى الدم ص ٢٠٣ ، ٢٠٦ ، الحاوى الكبير ٧ / ١١ ، مغنى المحتاج ٢ / ٣٤٢، المغنى ٥/ ٣١٣ ، الشرح الكبير مع المغنى ٥/ ٣٣٧ ، المبدع ١٠ / ٣٥٥ ، الكافى ٤ / ٥٩٠

(٢) الهداية وتكملة الفتح والعناية ٣٢٧/٨ ، البدائع ٣١٦/٧ ، البناية ٨/ ٥٤٠ .

(٣) الآيتان (١٨ ، ١٩) من سورة القيامة .

(٤) بدائع الصنائع ٧ / ٣١٦ .

بالبيان[١].

ثالثاً : أن المقـر يلزمه الخروج عما وجب عليه بالإقرار ، وهذا لا يتحقق إلا بالبيان ، لأن كثيراً من الأسباب تتحقق معها الجهالة ، كالغصب والوديعة ، إذ من الناس من يغصب ما يصادف ، ويودع ما عنده من غير تحر في قدره وجنسه ووصفه[٢]

رابعاً : أنـه قد صار مقراً بالحق ، وبامتناعه عن التفسير يكون كالمانع من حق عليه ، فوجب أن يجبر عليه ولو بالحبس[٣] .

خامساً : أن البـيان واجب عليه ، فإذا امتنع منه حبس كالممتنع من أداء الدين وأولى ، لأنه لا وصول الى معرفته إلا منه[٤] .

الخطوة الثانية : توقيع الحكم على المقر بمقتضى تفسيره :

إذا فسـر المقر إقراره ، حكم عليه القاضي بهذا التفسير ، ولكن في حدود . هذه الحدود تختلف حسب اختلاف نوع الجهالة ، وصيغ الإقرار .

ذلك أن المقربه قد يكون مجهول العين فقط ، كأن يقول المقر : لفلان عندي ألف أو مائـة . وقد يكون مجهول القدر فقط ، كأن يقول : لفلان عليَّ مال أو دراهم أو دنانير أو جنيهات . وقد يكون مجهول العين والقدر معاً ، كأن يقول : لفلان عليَّ شئ أو حق أو كذا .

وقد أفاض الفقهاء – رحمهم الله – في بيان الحكم في كل هذه الحالات واستنبطوا لكـل لفظ يمكن أن يصدر به الاقرار حكما ، مستعينين في ذلك – غالباً – بقواعد اللغة ، وأعراف الناس ، ومقاصد الشريعة الغراء .

وحـتى لا يطـول بنا المقام في بيان هذه الأحكام ، نختار في كل حالة من هذه الحالات الصيغ التي نظنها الأكثر شيوعاً والتي يمكن أن يصدر الإقرار بها ، ونبين الحكم فـيها ، وذلك في فرعين: أبين في أولهما حدود قبول تفسير الإقرار بمجهول القدر فقط ، وفي ثانيهما حدود قبول تفسير الإقرار بمجهول العين فقط ، وبمجهول العين والقدر معاً . وأتـبعهما بفـرع ثالث أبين فيه أثر موت المقر قبل تفسيره لا قراره في الدعوى . على النحو التالي :

******

---

(١) الهداية ٤/١٧٣٣ ، الاختيار لتعليل المختار ٢/ ١٢٨ .

(٢) تبيين الحقائق ٥/٤ ، الاختيار لتعليل المختار ٢ /١٢٨ ، نتائج الأفكار والعناية ٨/ ٣٢٥ ، النباية ٨/ ٥٣٩

(٣) الحاوى الكبير ٧/١١ ، المغنى ٥/٣١٤ ، الشرح الكبير مع المغنى ٥/ ٣٣٧ ، منار السبيل ٢ / ٣٥٣ ، التاج المذهب ٤ / ٥٨ ، الكافى لابن قدامة ٤/ ٥٩٠ ، المبدع ١٠/ ٣٥٥ ، شرح منتهى الإرادات ٣ / ٥٨٨ .

(٤) مغنى المحتاج ٢/ ٣٤٢ ، شرح المحلى وحاشية عميرة ٣/ ١١ .

الفرع الأول
حدود قبول تفسير الإقرار
بمجهول القدر

تتعدد صور الإقرار بمجهول القدر فمنها :

١- أن يقول المقر : لفلان عليَّ مال ، ويصفه بكثرة أو عظم ، أولا يصفه بذلك .

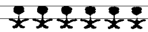
٢- أن يذكر في إقراره عدداً واحداً كأن يقول : لفلان عليَّ دراهم أو دنانير أو جنيهات ، ويصفها بكثرة أو عظم . أولا يصفها بذلك .

٣- أن يذكر في إقراره عددين مجملين كأن يقول : لفلان عليَّ كذا كذا درهماً .

٤- أن يذكر في إقراره عددين أحدهما مجملاً والآخر مفسراً كأن يقول: لفلان عليَّ نيف وخمسون أو بضع وخمسون .

٥- أن يستثنى مجهولاً من مفسر كأن يقول : لفلان على ألف إلا شيئاً أو إلا قليلاً أو إلا بعضاً [1] .

وفيما يلي بيان الحكم في الدعوى بالإقرار بكل من هذه الصور ، وذلك في الأغصان التالية :



(١) البدائع ٣٢٤/٧ وما بعدها .

الغصن الأول
حد قبول تفسير الإقرار بمال

من أقر لغيره بمال ، ولم يصله بصفة زائدة ، ورفعت عليه دعوى به، طُلب منه تفسيره ، فما فسره به من شئ قل أو كثر من أى جنس من أجناس الأموال ، قبل منه وحكم عليه به ، لأنه لما أقر بمال وكان اسم المال يطلق على ما قل أو كثر من أى جنس من أجناسه قبل منه تفسيره بذلك ، وإلى هذا ذهب أكثر الفقهاء[(١)].

بينما ذهب المالكية فى المعتمد إلى أن المقر فى هذه الحالة لا يصدق فى تفسيره بأقل من نصاب زكاة ماله من ذهب أو فضة أو غيرهما . وذهب بعضهم إلى أنه لا يصدق فى تفسيره بأقل من ربع دينار[(٢)].

كما حدد بعض فقهاء الحنيفة أقل ما يصدق فيه المقر بأنه درهم ، معتمدين فى ذلك على العرف حيث قالوا : "لا يصدق فى أقل من درهم لأنه لا يعد مالاً عرفاً"[(٣)] . أى أن مالوف الدرهم من الكسور، ولا يطلق اسم المال عليه عادة ولا يدخل تحت الالتزام والإقرار عرفاً[(٤)].

وفى رواية عن أبى حنفية وزفر – رحمها الله – أنهما قالا : "لا يصدق فى أقل من عشرة دراهم جياد"[(٥)].

وفى رواية عن أبى يوسف – رحمه الله أيضاً أنه قال : " لا يصدق فى أقل من ثلاثة دراهم"[(٦)].

---

(١) بل قد حكى الامام الماوردى الإجماع على ذلك فقال : " وهذا متفق عليه " (الحاوى الكبير ٧ / ١٣ ، البيان للعمرانى ١٣/ ٤٣٩ ، الهداية ٣ / ١١٩٢ ، العناية ونتائج الأفكار ٨/ ٣٢٧ ، البناية ٨/ ٥١٤ ، البدائع ٧/ ٣١٧ ، التاج والإكليل ٧ / ٢٣٤ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٣/ ٤٠٥ ، القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣١٢ ، المغنى والشرح الكبير ٥/ ٣١٥ ، ٣٣٩ ، المبدع ١٠/ ٣٥٨ ، الفروع ٦ / ٦٣٦)

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٣/ ٤٠٥ ، مواهب الجليل والتاج والاكليل ٧/ ٢٣٤ ، شرح منح الجليل ٣/ ٤١٢ ، شرح الزرقانى ٦/ ٩٩ ، القوانين الفقهية ص ٣١٢ . والمعروف أن نصاب الزكاة من الذهب عشرون ديناراً – والدينار يعادل ٤,٢٥ جرامات – ومن الفضة مائتادرهم – والدرهم يساوى ٢,٩٧٥ جراما – ومن الإبل خمس ، ومن البقر ثلاثون بقرة ، ومن الغنم أربعون شاة ، ومن الزروع والثمار خمسة أوسق – والوسق يساوى ستين صاعا ، والصاع يساوى ٤,٨ رطلاً أى سدس كيلة بالكيل المصرى ، و⅓ ٥ رطلاً بالرطل البغدادى – (بداية المجتهد ١/٣٣٧ ، ٣٤١ ، ٣٤٥ ، ٣٤٦ ، ٣٤٩ ، الخراج والنظم المالية للدولة الإسلامية للدكتور محمد ضياء الدين الريس ص ٣٠٩ ، ٣٤٣ ، ٣٥١ ، ٣٥٢ ط ٤ دار الأنصار – القاهرة سنة ١٩٧٧م).

(٣) الهداية ١١٩٢/٣ تنوير الأبصار والدر المختار ٣١١/٨ الاختيار لتعليل المختار ١٢٩/٢ ، تبيين الحقائق ٥/٥ ، البناية للعينى ٥٤١/٨ ، ٥٤٢ .

(٤ ، ٥ ، ٦) نتائج الأفكار ٣٢٨/٨ ، البناية ٥٤٢/٨ .

والراجح هو ما عليه أكثر الفقهاء ، لقوة حجتهم ؛ إذ العادة شريعة محكمة ، فوجب تحكيمها فى مثل هذه المسائل التى لا نص فيها ولا إجماع ، تحقيقاً لقوله تعالى : " خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين "[١].

هذا إذا لم يصف المال الذى أقربه بكثرة أو عظم . أما إذا وصفه بكثرة أو عظم بأن قال : لفلان علىَّ مال كثير أو عظيم فقد اختلف الفقهاء فى قدر ما يجب أن يحكم عليه به إلى سبعة آراء :

الرأى الأول :- يرى أصحابه أنه يرجع إليه فى تفسير إقراره فما فسره به من شئ أخذ منه وإن قل ، سواء كان من جنس الأثمان أو من غيرها روى هذا عن أبى حنيفة ، وإليه ذهب بعض المالكية وهو رأى الشافعية والحنابلة[٢].

الرأى الثانى : يرى أصحابه أنه لا يقبل منه تفسيره بأقل من نصاب الزكاة وإلى هذا ذهب الحنيفة فى المشهور والمالكية فى المعتمد ، والزيدية[٣].

الرأى الثالث : يرى أصحابه أنه يبنى على حال المقرفى الفقر والغنى فإن كان فقيراً قبل منه تفسيره بما يستعظم عند الفقراء . وإن كان غنياً لا يقبل منه تفسيره إلا بما هو كثير فى نظر الأغنياء . وإليه ذهب بعض الحنفية[٤].

الرأى الرابع : يرى أصحابه أنه لا يقبل منه تفسيره بأقل من نصاب القطع فى السرقة ، والمهر فى النكاح أى ربع دينار أو ثلاثة دراهم وإليه ذهب بعض المالكية . وبعض الحنابلة[٥].

---

(١) الآية ١٩٩ من سورة الأعراف .

(٢) الاختيار لتعليل المختار ١٢٩/٢ الذخيرة للقرافى ٢٨٨/٩ شرح منح الجليل ٤١٢/٣ ، جواهر الإكليل ١٣٥/٢ القوانين الفقهية صـ ٣١٢ الوسيط الغزالى ٣٣٢/٣ ، البيان للعمرانى ٤٣٩/١٣ ، الحاوى ٣/٧ ، قواعد الأحكام ١٢٣/٢ ، مغنى المحتاج ٣٣٥/٢، تحفة المحتاج ٣٧٧/٥ ، المغنى والشرح الكبير ٣١٥/٥ ، ٣٣٩ الإنصاف، ١٨٢/١٢ منار السبيل لابن ضويان ٣٥٤/٢ .

(٣) مختصر القدورى ص ٩٨ تحقيق الشيخ كامل محمد عويضه ط دار الكتب العلمية – بيروت تحفة الفقهاء ١٩٧/٣ ، ١٩٨ الاختيار ١٢٩/٢ ، البدائع ٣٢٥/٧ ، الهداية ١١٩٢/٣ تنوير الأبصار والدر المختار ٣١١/٨ ، الذخيره ٢٨٨/٩ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٠٥/٣ شرح منح الجليل ٤١٢/٣ مواهب الجليل والتاج والإكليل ٢٣٤/٧ ، شرح الزرقانى ٩٩/٦ القوانين الفقهية ص ٣١٢ التاج المذهب ٥٩/٤ البحر الزخار ٨/٦ .

(٤) نتائج الأفكار والعناية ٣٢٨/٨ ، ٣٢٩ ، البدائع ٣٢٦/٧ ، تبيين الحقائق ٥/٥ ، تحفة الفقهاء ١٩٨/٣ .

(٥) الذخيرة ٢٨٨/٩ ، ٢٨٩ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٠٥/٣ ، حاشية البنانى على الزرقانى ٩٩/٦ ، شرح منح الجليل ٤١٢/٣ ، شرح الخرشى ٩٤/٦ ، المبدع ٣٥٩/١٠ ، الفروع ٦٣٦/٦ .

الرأى الخامس : يرى أصحابه أنه لا يقبل منه تفسيره بأقل من عشرة دراهم وإليه ذهب الإمام أبو حنيفة فى رواية[١].

الرأى السادس : يرى أصحابه أنه لا يقبل منه تفسيره بأقل من مقدار الدية . وإليه ذهب بعض المالكية[٢].

الرأى السابع : يـرى أصحابه أنه لا يقبل منه تفسيره بأقل من اثنين وسبعين درهماً . وروى هذا عن الليث بن سعد رضى الله عنه[٣].

(١) تبيين الحقائق ٥/٥ ، البحر الرائق ٢٥٠/٧ ، ٢٥١، البدائع ٣٢٥/٧ ، تحفة الفقهاء ١٩٨/٣ ، مجمع الأنهر ٢٩٠/٢.

(٢) الذخـيرة ٢٨٩/٩ ،حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٠٥/٣ ، حاشية البنانى ٩٩/٦ ، حاشية الصاوى — بلغة السالك إلى أقرب المسالك إلى منهب الإمام مالك ٧٤٢/٢ ط عيسى البابى الحلبى .

(٣) الحاوى الكبير ١٣/٧ ، المغنى ٣١٦/٥ ، الشرح الكبير مع المغنى ٣٣٩/٥ ، البيان للعمرانى ٤٤٠/١٣ .

والليث بن سعد هو : أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن إمام أهل مصر فى الفقه والحديث أصله من أصبهان وولد بقـرية "قرقشندة" (من أسفل أعمال مصر) فى سنة ٩٤هـ وقيل ٩٣ هـ . قال الذهبى : "والأول أصح" . وكان ثقة ثرياً سخياً ، يقال : إن دخله كان خمسة آلاف دينار فى كل سنة ، وكان يفرقها فى الصلات وغيرها . سمع عطاء بن أبى رباح وابن أبى مليكة ونافعاً العمرى وغيرهم . وروى عنه ابن عجلان وابن لهيعة ، وابن وهب وغيرهم . وجاء فى وفيات الأعيان أنه كان حنفى المذهب ، وأنه ولى القضاء بمصر . وتوفى رحمه الله — فى منتصف شعبان سنة ١٧٥ هـ ودفن بمصر بالقرافة الصغرى . (شذرات الذهب ٢٨٥/١ ، سير أعلام النبلاء ١٣٦/٨ ، وفيات الأعيان ١٢٧/٤ ، الفهرست /ص ٣٣٩).

الأدلـــة والمناقشات

أدلة أصحاب الرأي الأول :

استدل أصحاب الرأي الأول على أنه يرجع فى تفسيره إليه ويقبل منه تفسيره بما قل أو أكثر من أى جنس من أجناس الأموال ، بالكتاب والمعقول :

أما الكتاب فمنه :

١- قوله تعالى ﴿ **قل متاع الدنيا قليل والآخرة خير لمن اتقى ولا تظلمون فتيلا**[1] ﴾

وجه الدلالة من هذه الآية :

أن الله تعالى أخبر فيها أن متاع الدنيا كله قليل بالنسبة للآخرة ، فأفادت أن العظيم قد يكون قليلاً بالنسبة لما هو أعظم منه ، أى أن العظيم صفة تطلق على كل قدر من قليل أو كثـير . ومـن وصف المال الذى أقربه بالعظم ، قد يكون مقصده من ذلك أنه عظيم فى نظـره أو فى نظر المقر له ، أو بالنسبة لما هو أقل منه ، وعليه فلا بد من قبول تفسيره بأى قيمة ولو قلت[2] .

٢- قوله تعالى ﴿**فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره**[3] ﴾

وجه الدلالة من هاتين الآيتين :

أن الله تعـالى جعـل مـثقال الذرة التى لا ترى بالعين المجردة كثيراً لتوجه الوعد والوعـيد إليه ، فصار إطلاق العظيم يقتضى إضافته إلى المجهول ، لجواز إضافته إلى القليل والكثير ، والمجهول لا يكون مقدراً[4] .

وأما المعقول فمن وجهين :

أحدهما : أن العِظَم إذا كان صفة لقدر ، لم يوجب زيادة على ذلك القدر ، كقوله : له على درهم عظيم ، لا يجب عليه أكثر من درهم لو لم يصفه بالعِظَم ، فكذا إذا كان صفة لمجمل ، لم يزد على قدر ذلك المجمل ، فلما كان لو أقر بمال لم يكن مقـــدراً ، وجب

---

[1] الآية ٧٧ من سورة النساء .

[2] الحاوى الكبير ٧ / ١٤ .

[3] الآيتان ٧ ، ٨ من سورة الزلزلة .

[4] الحاوى الكبير ٧ / ١٤ .

إذا أقر بمال عظيم أن لا يصير مقدراً[١] .

وقد نوقش هذا الاستدلال : بأن فيه إلغاء لوصف العِظَم ، فلا يصلح دليلاً ، إذ لا بد من البيان بما يتناسب مع هذا الوصف ، وإلا لما كان لهذا الوصف قيمة[٢] .

ويجاب على ذلك : بأن قيمة هذا الوصف لا يمكن أن تتحدد ، إلا عن طريق المقر نفسه ؛ لأنه أدرى بما يقول ، وأعلم بسبب ثبوت المال فى ذمته من غيره ، كما أن ما دفعه إلى الإقرار اختياراً ، لا بد وأن يدفعه إلى تفسيره بما هو فعلاً فى ذمته ، ومع قيام الاحتمالات الموجودة في الوجه الثاني الآتي ، تسقط هذه المناقشة .

الوجه الثانى : أن العِظَـم لا يتقيد فى الشرع ولا فى اللغة ولا فى العرف حداً ، ولا يختص من الأموال جنساً ولا قدراً ، لأنه يحتمل أن يراد به عظيم الجنس ، ويحتمل أن يراد به أنه حلال ، أو أنه موجب للثواب والعقاب ، ولأنه يختلف عند الناس بحسب اختلاف يسارهم وإعسارهم ، فالموسر منهم يستعظم الكثير ، والمعسر يستعظم القليل ، كما أنه يختلف باختلاف سعة النفوس وضيقها ، فذو النفس الواسعة يرى الكثير قليلاً ، وذو النفس الضيقة يرى القليل كثيرا ومع اختلاف الاستعمال له ، وتباين المراد به ، يبطل أن يكون له حد ، أو يتناول من الأموال جنساً ، فوجب الرجوع إلى تفسيره ، وقبول هذا التفسير منه بأى قيمة وإن قلّت[٣] .

والثالث : أنه ما من قدر من المال إلا وهو عظيم بالإضافة إلى ما هو دونه ، فقبل تفسيره منه ، كالذى سلمه كل واحد منهم[٤] .

أدلة الرأى الثانى :

استدل أصحاب الرأى الثانى على أنه لا يصدق فى تفسير إقراره هذا بأقل من نصاب الزكاة ، بالكتاب والأثر والمعقول :

---

(١) الحاوى الكبير للماوردى ٧ / ١٤ .

(٢) العناية على الهداية ٣٢٧/٨ ، البناية للعينى ٥٤٢/٨ .

(٣) الذخيرة للقرافى ٢٨٩/٩ ، الحاوى الكبير ١٤/٧ ، مجمع الأنهر ٢٩٠/٢ ، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/ ١٢٣ ، ٣٣٥ ، تحفة المحتاج ٣٧٨/٥ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٦٠/٣ ، المغنى والشرح الكبير ٣١٦/٥ ، ٣٤٠ ، الكافى لابن قدامة ٥٩١/٤ ، المبدع ٣٥٨/١٠ ، ٣٥٩ ، منار السبيل ٢٥٧/٢ ، شرح منتهى الإرادات للبهوتى ٥٨٩/٣ .

(٤) البيان للعمرانى ١٣/ ٤٤٠ .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ **خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها**[١] ﴾ .

وقوله تعالى : ﴿ **وفى أموالهم حق للسائل والمحروم**[٢] ﴾ .

وجه الدلالة من هاتين الآيتين : أن الله تعالى أوجب فيهما الزكاة على الأغنياء ، مواساة منهم للفقراء ، والزكاة لا تجب إلا على من يملك النصاب .

وبهذا يعلم أن من يملك النصاب يكون غنياً ، والغنى عظيم عند الناس ، فكان فى هذا الرأى مراعاة لحق الشرع والعرف[٣] .

كما أن الله تعالى قد أطلق المال على نصاب الزكاة ، فوجب اعتباره فى هذه الحالة[٤] .

ونوقش هذا الاستدلال بأنه غير صحيح ، فالآية الأولى لا تصلح دليلاً على المدعى ، **لوجهين** :

أحدهما : أنها عامة دخلها التخصيص[٥] .

والثانى : أن ما ذكر من تحديد نصاب الزكاة ليكون المال كثيراً لا يمنع الكثرة فيما دونه ، وقد قال تعالى : ﴿ **واذكروا الله كثيراً لعلكم تفلحون**[٦] ﴾ فلم ينصرف إلى ذلك ، وقال تعالى ﴿**كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة بإذن الله والله مع الصابرين**[٧] ﴾ . فلم يحصل على ذلك ، وقال تعالى أيضاً : ﴿ **أن تبتغوا بأموالكم**[٨] ﴾ حيث أراد به الزواج **والتزويج جائز بأى نوع من المال ، وبما دون النصاب**[٩] .

كذلك فإن الآية الثانية لا تدل على المدعى ، لأنها لم يرد بها الزكاة ، لأنها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة ، فلا حجة لهم فيها[١٠] .

---

(١) من الآية ١٠٣ من سورة التوبة .

(٢) الآية ١٩ من سورة الذاريات .

(٣) الهداية والعناية وتكملة الفتح ٣٢٨/٨ ، البناية ٥٤٢/٨ ، الاختيار ١٢٩/٢ ، الحاوى ١٣/٧ ، المغنى والشرح الكبير ٣١٥/٥ ، ٣٣٩ .

(٤) الذخيرة للقرافى ٢٨٨/٩ ، ٢٨٩ ، حاشية الدسوقى ٤٠٥/٣ .

(٥) المغنى والشرح الكبير ٣١٦/٥ ، ٣٤٠ .

(٦) من الآية ٤٥ من سورة الأنفال .

(٧) من الآية ٢٤٩ من سورة البقرة .

(٨) من الآية ٢٤ من سورة النساء .

(٩) المغنى والشرح الكبير ٣١٦/٥ ، ٣٣٩ ، ٣٤٠ .

(١٠) المغنى والشرح الكبير ٣١٦/٥ ، ٣٣٨ .

وأما الأثر : فما روى عن عبد الرحمن بن عوف[١] رضى الله عنه أنه مر برجل يحلف في المقام ، فقال له : أفي دم ؟ قيل : لا . قال : أفي عظيم من المال ؟ قيل : لا . فقال : لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المقام[٢] .

وجه الدلالة من هذا الأثر : أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه استفهم من الرجل الذى يحلف فى المقام ، على أى شئ يحلف ؟ وقوله : أفى عظيم من المال ؟ يحمل على نصاب الزكاة ، لأنه عظيم فى نظر الشرع ، حيث أوجب الله تعالى الزكاة على من يملكه وعظيم فى نظر الناس ، حيث إن من يمتلكه يكون غنياً فى نظرهم ، فوجب أن يحمل هذا اللفظ عليه ، ويلزم مثله فى الإقرار[٣]

---

(١) هو عبد الرحمن بن عوف بن عبد بن الحارث بن زهرة القرشى الزهرى ، يكنى أبا محمد . ولد بعد الفيل بعشر سنين ، وأسلم قبل أن يدخل الرسول صلى الله عليه وسلم دار الأرقم ، وهاجر الهجرتين ، وشهد بدراً وأحداً والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو أحد العشرة المبشرين بالجنة وكان كثير الإنفاق فى سبيل الله حتى أنه أعتق فى يوم واحد ثلاثين عبداً . وتوفى بالمدينة سنة ٥١ هـ وهو ابن ٧٥ سنة . وأوصى بخمسين ألف درهم فى سبيل الله . قاله عروة ابن الزبير . وله ٦٥ حديثاً . (أسد الغابة ٣٧٦/٣ (٣٣٦٤) ، الإصابة ١٧٦/٤ (٥١٧١) ، حلية الأولياء ٩٨/١ ، الأعلام ٣٢١/٣) .

(٣،٢) الحاوى الكبير للماوردى ٣/٧ .

ونوقـش هـذا الاستـدلال بأنـه غير صحيح ، لأن مراد عبد الرحمن بن عوف رضـي الله عنه لم يعرف بظاهر اللفظ ، إنما عرف بقرينة صحبته ، لأنه فرق بين قليل المال وكثيره بإضافته إلى الدم تغليظاً ، فعقل من سمعه منه مع ما شاهده من حاله فيه أن مراده بالمال العظيم مائتا درهم أو عشرون ديناراً ، ولو وجدَ فى الإقرار مثله لقلناه ، ثم إنهم لا يقولون بذلك فيما ورد فيه[١].

وأمـا المعقـول : فهـو أن المقر لم يذكر عدداً يجب مراعاة اللفظ فيه ، فأوجبنا العظـيم من حيث المعنى ، وهو المال الذى تجب فيه الزكاة ، لأنه أقل مال له خطر فى الشرع[٢].

ونوقـش هذا الاستدلال بأنه غير صحيح ، إذ لو كانت خطورة المال فى الشرع هـي العلـة لكان نصاب السرقة والمهر هو الأولى بذلك لأن هذا النصاب تقطع به اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم[٣].

دليل الرأى الثالث :

استـدل أصـحاب الرأى الثالث على أن قبول تفسيره يبنى على حال المقر من اليسار والإعسـار بالمعقول وهو أن الناس يتفاوتون فى استقلال المال واستكثاره ، فالقليل عند الفقير عظيم ، وأضعاف ذلك عند الغنى قليل ، كما أن الشرع جعل نصاب الزكاة عظيماً فى باب الزكاة ونصاب السرقة عظيماً فى بابَي السرقة والمهر ، فوقع التعارض ، فوجب الرجوع إلى حال المقر[٤].

ويناقش هذا بأنه إن صح كان يقتضى أن تحمل القلة والكثرة على حال المقَر له لا علـى حال المقر لأن المقَر له هو صاحب المال المقر به ، كما أن هذا الرأى لم يضع حداً معيناً للكثرة عند الأغنياء والفقراء ، ذلك الحد الذى لا يقبل التفسير بأقل منه .

أدلة الرأى الرابع :

استدل أصحاب الرأى الرابع على أنه لا يقبل تفسيره بأقل من نصاب القطع فى السرقة والمهر فى النكاح بالكتاب والسنة والمعقول :

---

(١) الحاوى الكبير ١٤/٧ .

(٢) العناية ونتائج الأفكار ٣٢٨/٨ .

(٣) نتائج الأفكار ٣٢٨/٨ ، ٣٢٩ ، مجمع الأنهر ٢٩٠/٢ .

(٤) تبيين الحقائق ٥/٥ ، نتائج الأفكار والعناية ٣٢٩/٨ .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ **وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين** ﴾ [١].

وجه الدلالة من هذه الآية : أن الله تعالى سمى الربع دينار أو الثلاثة دراهم أموالاً وأحل بها البضع المحترم فكانت عظيمة فى نظر الشرع فوجب اعتبارها[٢].

ويناقش هذا بأن هذه الآية الكريمة تصلح دليلاً لأصحاب الرأى الأول؛لأنها قد أطلقت على ما يستباح به البضع المحترم اسم المال ولئن كانت قد وردت أحاديث تفيد أن الربع دينار أو الثلاثة الدراهم نصاب للمهر فقد وردت أحاديث أخرى بجواز أن يكون النصاب أقل من ذلك ، بشرط أن لا ينتهى فى القلة إلى حد لا يتمول.

ومن ذلك : ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : "**أنكحوا الأيامى على ما يرضى به الأهلون ، ولو قضيباً من أراك**"[٣].

وما روى أن امرأة من بنى فزارة تزوجت على نعلين . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "**أرضيت من نفسك ومالك بنعلين**" ؟ قالت : نعم . فأجازه"[٤].

وما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله إنى قد وهبت نفسى لك . فقامت قياماً طويلاً . فقام رجل فقال : يا رسول الله زوّجنيها إن لم تكن لك بها حاجة . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "**هل عندك من شئ تصدقها إياه** " ؟ فقال : ما عندى إلا إزارى هذا . فقال رسول لله صلى الله عليه وسلم : "إن **أعطيتها إياه ، جلست لا إزار لك . فالتمس شيئاً** " فقال : ما أجد شيئاً . قال : "**التمس ولو خاتماً من حديد** " فالتمس فلم يجد شيئاً . فقال له رسول الله صلى الله عليه

---

(١) من الآية ٢٤ من سورة النساء .

(٢) الذخيرة للقرافى ٢٨٩/٩ .

(٣) ذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد ، كتاب النكاح باب الصداق ٢٨٠/٤ وقال بعد أن عزاه إلى الطبرانى "وفيه محمد بن عبد الرحمن البيلمانى وهو ضعيف " . وذكره المتقى الهندى فى كنز العمال ٣٢٣/١٦ (٤٤٧٢٠) وعزاه إلى الطبرانى عن ابن عباس أيضاً . ورواه الطبرى فى تفسيره ٢٩٩/٢ ، والقرطبى فى تفسيره أيضاً ١٢٨/٥ بألفاظ قريبة .

(٤) رواه الأئمة: أحمد فى مسنده ٤٤٥/٣ ، والترمذى فى صحيحه ، أبواب النكاح باب ما جاء فى مهور النساء ٢١١/٤ (١١٢٠) مع تحفة الأحوذى ، وقال : حديث حسن صحيح، والبيهقى فى كتاب النكاح باب لا يُرد النكاح بنقص المهر إذا رضيت المرأة به ١٣٨/٧ ، ١٣٩ من حديث عبد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه رضى الله عنهما.

وسلم : "**هل معك من القرآن شئ**" ؟ فقال نعم . معى سورة كذا ، وسورة كذا . لِسوَر سماها .فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : "**قد أنكحتكها بما معك من القرآن**".[1]

وهذا هو الراجح الذى عليه جمهور الفقهاء وجماعة أهل الحديث من أهل مكة وغيرها ، حيث قالوا : كل ما جاز ثمناً فى البيع أو أجرة فى الإجارة من العين والدين والحال والمؤجل والقليل والكثير ، ومنافع الحر والعبد وغيرهما جاز أن يكون صداقاً[2]

ومـا تمسك به بعض الفقهاء من أن الصداق لا يكون إلا مالاً أو لا يكون أقل من ثلاثة دراهم أو عشرة أو غير ذلك من الأقوال ، فقد ردها ابن القيم – رحمه الله – بأنها "أقوال شاذة لا دليل عليها من كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس ولا قول صاحب ، .....وقد زوج سيد أهل المدينة من التابعين سعيد بن المسيب ابنته على درهمين ولم ينكر عليه أحد بل عُد ذلك فى مناقبه وفضائله وقد تزوج عبد الرحمن بن عوف على صداق خمسة دراهم وأقره النبى صلى الله عليه وسلم ولا سبيل إلى إثبات المقادير إلا من جهة صاحب الشرع"[3].

وأما السنة : فما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : "**تقطع اليد فى ربع دينار فصاعداً**"[4].

---

(١) رواه الأئمة : مالك فى الموطأ كتاب النكاح باب ما جاء فى الصداق والحباء ٥٢٦/٢ (٨) ، والبخارى فى صحيحه كتاب النكاح باب ٣٢ عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح ، باب ٤٠ السلطان ولى ٨٠/٩، ٩٧ (٥١٢١ ، ٥١٣٥) مع الفتح ، ومسلم فى صحيحه كتاب النكاح باب الصداق ٢١١/٩ وما بعدها (٧٦ / ١٤٢٥) بشرح النووى ، وأبو داود فى سننه كتاب النكاح باب التزويج على العمل يعمل ٢٣٦/٢ (٢١١١) والترمذى فى صحيحه أبواب النكاح باب ما جاء فى مهور النساء ٤ /٢١٣ ، ٢١٤ (١١٢١) مع التحفة ، من حديث سهل بن سعيد الساعدى . واللفظ لمالك .

(٢) الكافى لابن عبد البر ص ٢٤٩ ، التمهيد لابن عبد البر ٣٧٥/١٤ تحقيق الشيخ سعيد أحمد أعراب ، مؤسسة للتوزيع سنة ١٤٠٤ هـ ، ١٩٨٤ ، مغنى المحتاج ٢٨٢/٣ ، المغنى ٧/٨ تفسير القرطبى ١٢٧/٥ ، ١٢٨ ، زاد المعاد لابن القيم ٤/ ٣٨ ، شرح الزرقانى على الموطأ ط دار الفكر سنة ١٤٠١ هـ – ١٩٨١ م.

(٣) زاد المعاد لابن القيم ٨٣/٤ ، ٨٤ .

(٤) رواه الأئمة : مالك فى الموطأ كتاب الحدود باب ما يجب فيه القطع ٨٣٢/٢ (٢٤) ،وأحمد فى مسنده ٣٦/٦ ، ١٦٣ ، ٢٢٥ ، والبخارى فى صحيحه كتاب الحدود باب(١٣) قوله تعالى :"والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ٩٩/١٢ (٦٧٨٩ ، ٦٧٩٠ ، ٦٧٩١) مع الفتح ، ومسلم فى صحيحه كتاب الحدود باب حد السرقة ونصابها حديث ١–٤ وأبو داود فى سننه كتاب الحدود باب ما يقطع فيه السارق ١٣٦/٤ (٤٣٨٤) من حديث عائشة رضى الله عنها .

وما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع فى مجن ثمنه ثلاثة دراهم»[١].

وجه الدلالة من هذين الحديثين : أنهما بينا أن النبى صلى الله عليه وسلم ما كان يقطع يد من سرق أقل من هذا النصاب ؛ لتفاهته وحقارته فإذا ما قطع فى هذا النصاب كان ذلك دليلاً على عظمته وكثرته.[٢].

ونوقش هذا الاستدلال بأنه غير صحيح لأن قطعه صلى الله عليه وسلم فى هذا النصاب لا يدل على عظمته وكثرته ، وإلا لقطع صلى الله عليه وسلم فى غصبه ، وفى الجناية عليه ، لكنه صلى الله عليه وسلم لم يفعل ، فدل على أنه غير عظيم فى الشرع.[٣]

وأما المعقول : فهو أن نصاب السرقة هو أقل المقادير فى الشرع ، إذ به تقطع اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم، فوجب أن يكون أصلاً فى الإقرار بالمال المطلق[٤].

ونوقش هذا الاستدلال : بأنه يسوغ فيما لو اتفق على أنه مقدر فإذا حصل الخلاف فى القدر ، كان الأولى رده إلى الأقل ، ولا يسوغ أن يستدل به فيما اختلف فيه هل هو مقدر أو غير مقدر[٥].

دليل الرأى الخامس :

استدل أصحاب الرأى الخامس على أنه لا يقبل منه تفسيره بأقل من عشرة دراهم بالمعقول ، وهو أن المقر وصف المال المقر به بالكثرة أو العِظَم والعشرة دراهم لها عِظَم

---

(١) رواه الأئمة : مالك فى الموطأ – الموضع السابق ٨٣١/٢ (٢١) ، والبخارى صحيحه – فى الموضع السابق برقم (٦٧٩٥ ، ٦٧٩٦ ، ٦٧٩٨) ، ومسلم فى صحيحه – الموضع السابق حديث رقم(٦) ، أبو داود فى سننه الموضع السابق برقم (٤٣٨٥) ، والترمذى فى صحيحه أبواب الحدود باب ما جاء فى كم يقطع السارق ٤/٥ (١٤٧٠) ، والنسائى فى سننه كتاب قطع السارق باب القدر الذى إذا سرقه السارق قطعت يده ٧٦/٨ ، ٧٧ ، ٨٢ ، وابن ماجة فى سننه كتاب حدود باب حد السارق ٢٠/٢(٢٥٨٤) من حديث ابن عمر رضى الله عنهما . والمِجَنُّ : مِفعل من الاجتنان وهو الاستتار مما يحاذره المستتر ، ومعناه الترس وليس المراد ترساً بعينه وإنما المراد الجنس .(فتح البارى ١٠٦/١٢).

(٢) الذخيرة ٢٨٩/٩ ، الحاوى ١٣/٧ ، ١٤ .

(٣) الحاوى الكبير ١٥/٧ .

(٤) مجمع الأنهر ٢٩٠/٤ ، نتائج الأفكار ٣٢٨/٨ ، ٣٢٩ ، البناية ٥٤٢/٨ ، الحاوى ١٤/٧ .

(٥) الحاوى ١٥/٧ .

فـــى الشـــرع ؛ بدليل أنه علق قطع اليد المحترمة عليها فى باب السرقة ، وقدر بها بدل البضع المحترم فى باب النكاح فوجب اعتبارها.[١]

ويمكـن مناقشـة هذا الاستدلال : بأن هذا النصاب ليس متفقاً عليه بين الفقهاء وإنما هو رأى الحنفية والعراقيين ، وهو مرجوح لمعارضته بالأدلة الراجحة ، والتى منها : قو له صلى الله عليه وسلم : "**تقطع اليد فى ربع دينار فصاعداً**" وما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قطع فى مجن ثمنه ثلاثة دراهم" وقوله صلى الله عليه وسلم : "**أنكحـوا اليتامى علىما يرضـى به الأهلون، ولو قضيباً من أراك**" وغير ذلك من الأحاديث التى بينـت أن نصاب القطع فى السرقة ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، ومن الأحاديث التى بينت أن المهر لا حد لأقله – كما سبق وعرفنا –.[٢] وعليه فيكون هذا الاستدلال باطلاً .

دليل الرأى السادس :

استدل أصحاب الرأى السادس على أنه لا يقبل منه تفسيره بأقل من مقدار الدية : بـــأن هـــذا المقدار أعظم مال قدر فى الشرع ، ويحتمل الزيادة على نصاب الزكاة ، لأن نصاب الزكاة استحق اسم المال بما تقدم فيزاد عليه.[٣]

ويـناقش هذا الاستدلال بأنه غير صحيح ومخالف للأدلة الصحيحة الدالة على أن صفة العظمة أو الكثرة لا حد لها شرعاً ولا لغة ولا عرفاً ، والتى استدل بها أصحاب **الرأى الأول** .

كمـــا أن، العمل بهذا الرأى من الصعوبة بمكان ويمكن أن يؤدى إلى أكل أموال الناس بالباطل .

دليل الرأى السابع :

اســـتدل الإمـــام الليث بن سعد على أنه لا يقبل منه تفسيره باقل من اثنين وسبعين درهمـــاً ، بقوله تعالى : ﴿ **لقد نصـركم الله فى مواطن كثيرة** ﴾.[٤] حيث قد وصف الله تعـــالى المواطـــن الـــتى نصر فيها نبيه صلى الله عليه وسلم والمسلمين بالكثرة ، وهذه المواطن عدت فكانت اثنين وسبعين موطناً ، فكان هذا العدد هو أقل عدد يطلق عليه لفظ الكثرة.[٥]

---

(١) البدائع ٣٢٦/٧ ، تبين الحقائق ٥/٥ ، البناية ٥٤٢/٨ ، مجمع الأنهر ٢٩٠/٢.

(٢) راجع ص ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٤٩.

(٣) الذخيرة ٨٩/٩ .

(٤) من الآية ٢٥ من سورة التوبة .

(٥) الحاوى ١٤/٧ ، البناية ٥٤٢/٨ ، المغنى والشرح الكبير ٣١٦/٥ ، ٣٣٩ .

ونوقش هذا الاستدلال بأنه غير صحيح لأن العلماء قد اختلفوا فى عدد الغزوات[١] علـى أنـه عدد المواطن الكثيرة لا المال الكثير[٢] فهو ليس حداً لأقل الكثير ، ولا يمتنع وقوع الكثير على أقل من ذلك[٣].

الرأى الراجح :

بعـد هـذا العـرض لأراء الفقهاء وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات وأجوبة يترجح فى نظرى ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول ، من القول بقبول تفسيره بما قل أو كثر من أجناس المال ؛ وذلك لقوة أدلتهم وصحتها وسلامتها من المعارضة الراجحة .

ولأن فـى الأخذ بهذا الرأى تعميماً وتمديداً لجسر الثقة ، الذى يجب أن يقام بين أفراد المجتمع المسلم ، فيثق كل منهم فى كلام أخيه ، وفى صدقه فيما يقول ، ويبتعد عن إسـاءة الظن به خاصة بعد أن أقر مختاراً بما لديه أو فى ذمته له ؛ إذ إن الباعث له على هذا الإقرار غالباً ، إنما هو الخوف من الله تعالى ، والرغبة فى تبرئة ذمته مما علق بها ، وهذا الباعث كفيل بأن يحمله على تفسير ما أقرّ به على وجه التحديد ، فإذا ما أضفنا إلى ذلـك علمـه بتوجه اليمين عليه إن لم يصدقه المقر له ، كان ذلك أبلغ فى الزجر له عن الكذب فى تحديده .

إلا أنه يجب على المقر أن يتحرى الدقة فى تفسيره لإقراره وأن يفسره بما هو فى ذمـته على وجه التحديد للمقر له ولا يبخس منه شيئاً حتى لا يقع فى جريمة الخيانة من الناحيتين المادية والمعنوية .

فالخـيانة المادية تتمثل فى حجب مال المقر له عنه ، واستحلاله لنفسه بغير وجه حـق ، وهـذا ظلم كبير ، وأكل لأموال الناس بالباطل ، وهو منهى عنه ، ومتوعد عليه بالعذاب الأليم ، قال تعالى **﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾**[٤]

---

(١) فقـال بعضهم : أنها تسع وعشرون . وقال بعضهم : إنها سبع وعشرون . وقال بعضهم إنها إحدى وعشرون . وقال بعضـهم : إنها أربع وعشرون . وقال بعضهم : إنها تسع عشرة . أما عدد البعوث والسرايا : فقيل : إنها ست وثلاثون . وقـيل ثمـان وأربعون . وقيل ست وخمسون . وقيل : ستون . وقيل : إنها تزيد على السبعين . وقيل إنها تزيد على المائة . (تكملة المجموع . د.محمد مطرجى ١٦/٢١ ، ١٧ ، فتح البارى ٣٢٨/٧).

(٢) البناية ٥٤٣/٨ ، الحاوى الكبير ١٥/٧)

(٣) البيان للعمرانى ٤٤٠/١٣ .

(٤) من الآية (٢٩) سورة النساء .

وقـــال أيضـــاً : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنـتم تعلمون** ﴾ [١] ، وقال صلى الله عليه وسلم : "**لا يدخل الجنة لحم نبت من سحت ، النار أولى به** ﴾ [٢].

أما الخيانة المعنوية ، فتتمثل فى سرقته لعقل المقر له ، الذى يصدقه فيما يقول ، وتلك جريمة كبرى ، قال فيها النبى صلى الله عليه وسلم : "**كبُرت خيانة أن تحدث أخاك بحديث ، هو لك به مصدق ، وأنت له به كاذب** " [٣]

والله تعالى أعلى وأعلم .

وعلى ذلك ، فما فسر به المقر إقراره ، ألزمه القاضى به ، ما لم يكذبه المدعى — المقـــر له — ، فإن كذبه ، حلفه القاضى أنه ما له فى ذمته أو عنده أكثر من هذا ، وحكم عليه به.



---

(١) الآية (٢٧) سورة الأنفال.

(٢) رواه الإمـــام أحمد عن جابر رضى الله ، ورواه الدارمى بلفظ : " لن يدخل الجنة لحم نبت من سحت . (مسند الامام أحمد ٣٢١/٣ ، سنن الدارمى ٤٠٩/٢ (٢٧٧٦) ط دار الريان للتراث) .

(٣) رواه الأئمـــة : أبو داود فى سننه كتاب الأدب باب المعاريض ٢٩٣/٤ (٤٩٧١)، والبيهقى فى سننه الكبرى كتاب الشهادات باب المعاريض فيها مندوحة عن الكذب ١٩٩/١٠ ، والبغوى فى شرح السنة كتاب الفضائل باب فى المعاريض مـــندوحة عن الكذب ١٥٨/١٣ من حديث سفيان بن أسيد الحضرمى . رضى الله عنه . ورواه الإمام أحمد فى مسنده ٤/ ١٨٣ من حديث نواس بن سفيان بلفظ قريب . قال الهيثمى فى رواية أحمد : " وفيه عمر بن هارون ، وقد وثقه قتيبة وغيره ، وضعفه ابن معين وغيره . وبقية رجاله ثقات " (مجمع الزوائد كتاب العلم باب فى ذم الكذب ١٤٢/١).

الغصن الثانى

حد قبول تفسير الإقرار بعدد واحد مجهول

إذا أقر إنسان لغيره بعدد واحد كدراهم أو دنانير أو جنيهات دون أن يبين قدرها ، ورفعت عليه دعوى بهذا الإقرار ، فإنه يفرق بين فرضين ؛ لأنه إما أن يصف ما أقر به بالكثرة أو العظم ، وإما أن لا يصفه بذلك . ولكل فرض حكمه :

الفرض الأول : إذا أقر بعدد واحد مجهول ولم يصفه بكثرة أو عظم :

إذا كان الإقرار بدراهم أو دنانير أو جنيهات غير موصوفة بكثرة أو عظم ، طُلب من المقر تفسير ما أقر به ببيان قدره ، ولا يصدق فى أقل من ثلاثة ؛ لأن الثلاثة أقل الجمع الصحيح ، فكان ثابتاً بيقين ، كما أنه لا يحكم عليه بأكثر من ثلاثة إلا إذا فسر إقراره بأكثر منها ، لأن فى الزيادة على الثلاثة شكاً ، وحكم الإقرار لا يلزم بالشك . وإلى هذا ذهب أكثر أهل العلم.[١]

وقد خالف فى ذلك بعض المتقدمين من فقهاء البصرة الشافعيين ، فقالوا بأن أقل الجمع المطلق اثنان ، فلا يلزمه إلا اثنان فقط مما أقر به إلا إذا فسر إقراره بأكثر منهما.[٢]

واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب فقوله تعالى : **﴿ فإن كان له إخوة فلأمه السدس ﴾**[٣].

فقد نصت هذه الآية على أن الأم تحجب من الثلث إلى السدس عند وجود الجمع من الإخوة ، وهو ما يتحقق بوجود اثنين فأكثر من الإخوة أو الأخوات كما ذهب إليه جمهور الفقهاء[٤] ، فدل على أن الإثنين فأكثر جمع.[٥]

---

(١) البدائع ٣٢٤/٧ ، ٣٢٥ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٣١١/٨ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٠٦/٣ ، ٤٠٧ ، شرح منح الجليل ٤١٣/٣ ، القوانين الفقهية ص ٣١٢ ، الحاوى ١٦/٧ ، البيان ٤٤٨/١٣ ، المغنى مع الشرح الكبير ٢٩٩/٥ ، التاج المذهب ٥٩/٤ ، ٦٠ ، الإقناع لابن المنذر ص ٣٨٤ تحقيق الشيخ أيمن صالح شعبان ط ١دار الحديث – القاهرة سنة ١٤١٥هـ – ١٩٩٤م .

(٢) الحاوى الكبير ١٦/٧ ، البيان ٤٤٨/١٣ .

(٣) من الآية ١١ من سورة النساء .

(٤) تبيين الحقائق ٢٣١/٦ ، مجمع الأنهر ٧٥٠/٢ ، الذخيرة ٣٢/١٣ ، حاشية الدسوقى ٤١٦/٤ ، ٤٦٢ ، شرح الخرشى ٢٠٠/٨ ، المغنى ١٧/٧ ، كشاف القناع ٤١٥/٤ ، ٤١٦ ، فقه الفرائض دراسة وتطبيق د.فرج زهران الدمرداش ص ١٣٥ سنة ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧ م .

(٥) الحاوى الكبير ١٦/٧ .

وأما السنة فما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : **"اثنان فما فوقهما جماعة"**[١] فهذا الحديث واضح الدلالة على المدعى[٢].

وأما المعقول : فهو أن الجمع مشتق من إجتماع الشئ مع الشئ ، فاقتضى أن يكون اثنين[٣].

بيد أن هذا رأى ضعيف ، وصفه الإمام الماوردى بالشذوذ ؛ لأن اللسان موضوع على التفرقة بين الآحاد والتثنية والجمع . فالأحاد يتناول الواحد من الأعداد ، والتثنية تتناول الإثنين ، والجمع يتناول الثلاثة[٤].

واستدلالهم بالكتاب مردود ، بأن حجب الأم بالأخوين ، إنما كان لأن الدلالة قامت فيه على صرف الحكم عما اقتضاه اللسان ؛ بدليل أن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما ، أنكر ذلك على عثمان رضى الله عنه ، لمخالفته لمقتضى اللسان ، وقال : إن الأخوين لا يردان الأم عن الثلث ، قال الله تعالى : **"فإن كان له إخوة"** فالأخوان ليسا بلسان قومك إخوة . فلم ينكر عثمان مخالفته لمقتضى اللسان ، فأخبره أن الدليل صرفه ، وقال : لا أستطيع تغيير ما كان قبلى ومضى فى الأمصار ،وتوارث الناس به.[٥]

واستدلالهم بالسنة مردود أيضاً بأنه دليل للجمهور لا لهم ؛ لأنه لو كان معروفاً فى اللسان أن أقل الجمع اثنان ، لا ستغنى فيه عن البيان ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم لا يُعلم الأسماء ، وإنما يبين الأحكام ، فأخبر أن حكم الإثنين فى الصلاة حكم الجماعة ، بخلاف ما يقتضيه اللسان فى اللغة.[٦]

---

(١) رواه ابن ماجة فى سننه كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها باب الاثنان جماعة ٣١٢/١ (٩٧٢) عن أبى موسى الأشعرى ، وعنه أيضاً رواه البيهقى فى سننه كتاب الصلاة باب الإثنين فما فوقهما جماعة ٦٩/٣ ، وفى سنده الربيع وابنه قال فى الزوائد: "الربيع وولده ضعيفان " وقال البيهقى نحوه . ورواه أيضاً الدار قطنى فى سننه كتاب الصلاة باب الاثنان جماعة ١/ ٢٨١(٢) عن عمروبن شعيب عن أبيه عن جده . وفى سنده عثمان بن عبد الرحمن بن عمر بن سعد بن أبى وقاص ، وقد نقل أبو الطيب أبادى فى تعليقه المغنى على الدار قطنى ٢٨١/١ عن البخارى قوله فيه "تركوه" وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد كتاب الصلاة باب فيمن تحصل لهم فضيلة الجماعة ٤٥/٢ عن أبى أمامة . وقال بعد أن عزاه إلى الطبرانى فى الأوسط :"وفيه مسلمه بن على وهو ضعيف " . كما ذكره الذهبى فى ميزان الاعتدال ٢٢٨/٤ (٦٥٤٦) عن الحكم بن عمير الثمالى مرفوعاً ، وفى سنده عيسى بن إبراهيم بن طهمان الهاشمى . وقد نقل عن البخارى والنسائى قولهما فيه : "منكر الحديث " وعن يحيى قوله : "ليس بشئ " وعن أبى حاتم قوله : "متروك الحديث" . وعن النسائى أيضاً قوله : "متروك" .

(٢،٣) الحاوى الكبير ١٦/٧.

(٤) الحاوى ١٦/٧ ، ونحو هذا فى البيان ٤٤٩/١٣ .

(٥) الحاوى ١٦/٧ ، المغنى ١٧/٧ ، والمقنع ٢٠٨/٢ والأثر رواه البيهقى فى سننه كتاب الفرائض باب فرض الأم ٦/ ٢٢٧ ، من طريق شعبة مولى ابن عباس . قال ابن كثير . وفى صحة هذا الأثر نظر ، فإن شعبة هذا تكلم فيه مالك بن أنس ، ولو كان هذا صحيحاً عن ابن عباس لذهب إليه أصحابه الأخصاء به ، والمنقول عنهم خلافه (تفسير ابن كثير ٤٥٩/١).

(٦) الحاوى الكبير ١٦/٧ .

كذلك فإن استدلالهم بالمعقول مردود بأن الجمع مشتق من إجتماع الجماعة ، كما أن التثنية مشتقة من اجتماع الإثنين.[1] **والله تعالى أعلم .**

الفرض الثانى : إذا أقر بعدد واحد مجهول ووصفه بكثرة أو عظم :

إذا كـان الإقرار بعدد واحد موصوف بكثرة أو عظم ، كما لو قال : لفلان علىَّ دراهم أو دنانـير أو جنـيهات كثيرة أو عظيمة ، فقد اختلف الفقهاء فى أقل ما يصدق فيه المقر عند تفسيره إقراره إلى خمسة آراء :

الـرأى الأول : يرى أصحابه أنه لا يصدق فى أقل من ثلاثة ، كما لو لم يصفه بكثرة أو عظم . إلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة فى المذهب والزيدية.[2]

الـرأى الـثانى : يـرى أصحابه أن أقل ما يصدق فيه هو عشرة . وإليه ذهب الإمام أبو حنيفة فى رواية راجحة ، وبه قال بعض الحنابلة [3]

الـرأى الثالث : يرى أصحابه أن أقل ما يصدق فيه ، هو نصاب الزكاة ، وإليه ذهب أبو حنيفة فى رواية ، والصاحبان من الحنيفة ، وبعض المالكية.[4]

الـرأى الـرابع : يـرى أصحابه أن أقل ما يصدق فيه ، هو أربعة ، وإليه ذهب المالكية فى المشهور ، وبعض الحنابلة.[5]

الرأى الخامس : يـرى أصحابه أن أقل ما يصدق فيه هو تسعة ، وإليه ذهب بعض المالكية وبعض الحنابلة.[6]

---

(١) الحاوي الكبير ١٦/٧ .

(٢) الحاوى ١٧/٧ ، البيان ٤٤٩/١٣ ، الإنصاف ١٨٣/١٢ ، التاج المذهب ٥٩/٤ ، ٦٠ .

(٣) البدائع ٣٢٥/٧ ، الهداية ١١٩٢/٣ ، الدر المختار ٣١١/٨ ، ٣١٢ ، الانصاف ١٨٣/١٢ .

(٤) الـبدائع ٣٢٥/٧ ، الهداية وتكملة الفتح ٣٢٩/٨ ، شرح منح الجليل ٤١٤/٣ ، حاشية الدسوقى ٤٠٧/٣ القوانين الفقهية ص ٣١٢ .

(٥) التاج والإكليل ٢٣٥/٧ ، جواهر الإكليل ١٣٦/٢ ، شرح منح الجليل ٤١٤/٣ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٠٧/٣ ، القوانين الفقهية ص ٣١٢ ، الإنصاف للمرداوى ١٨٣/١٢ .

(٦) حاشية الدسوقى ٣/ ٤٠٧ ،شرح منح الجليل ٤١٤.٣ ،القوانين الفقهية ص ٣١٢ ، الإنصاف للمرداوى ١٨٣/١٢.

الأدلة والمناقشات :

أدلة الرأى الأول :

استـــدل أصحاب الرأى الأول على أن المقر لا يصدق فى تفسير إقراره فى هذه الحالة بأقل من ثلاثة بالمعقول ، وهو أن المقر وصف ما أقر به بصفة لا يمكن العمل بها ، وهـــى الكثرة ، فيلغوا ذكرها ؛ لأن إثبات صفة الكثرة لمقدار من المقادير الكثيرة على التعيين ، غير ممكن ، لا باعتبار الحقيقة ، ولا باعتبار العرف ، ولا باعتبار الحكم ، أما من حيث الحقيقة ، فلأن الكثرة أمر إضافى يصدق بعد الواحد على كل عدد وأما من حيث العرف ؛ فلأن الناس متفاوتون فى ذلك ، فكم من كثير عند قوم ، قليل عند آخرين .

وأمـــا من حيث الحكم ؛ فلأن حكم الشرع يتعلق تارة بالعشرة عند البعض ، وبما دونـــه عـــند الآخرين ، كما فى نصاب السرقة والمهر ، ويتعلق تارة بالمائتين ، كما فى نصـــاب الزكاة وحرمة الصدقة ، ويتعلق تارة بأكثر من مائتين ، كما فى الاستطاعة فى الحج فى الأماكن البعيدة .

فلم يمكن العمل بها أصلاً . فإذا تعذر العمل بها ، لغا ذكرها ، وعُمل بقوله دراهم أو دنانير ، وانصرف إلى ثلاثة[1].

أدلة الرأى الثانى :

استـــدل أصحاب الرأى الثانى على أن أقل ما يصدق فيه المقر فى هذه الحالة هو عشرة بالمعقول من ثلاثة وجوه :

أحدها : أنـــه جعـــل الكثرة صفة للدراهم ، وأكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم العشـــرة ، بدلـــيل أنـــه إذا زاد على العشرة يقال : أحد عشر درهماً ، واثنا عشر درهماً وهكـــذا ، ولا يقال : دراهم . فكانت العشرة أكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم ، فلا تلزمه الـــزيادة علـــيها ، لأن العمل بما دل عليه اللفظ إذا كان ممكناً ولا مانع من الصرف إليه واجب ، ولا يُعدل إلى غيره[2].

---

(١) نتائج الأفكار ٣٣٠/٨ ، الحاوى الكبير ١٧/٧ ، المغنى ٢٩٩/٥ ، التاج المذهب ٦٠/٤ .

(٢) الهداية ١١٩٢/٣ ، العناية ٣٣١/٨ ، البدائع ٣٢٥/٧ .

والثانى : أن جمع الكثرة أقله عشرة ، فوجب اعتباره ها هنا[١].

والثالث : أن الكثرة من حيث الحكم غير مذكورة نصاً ، وإنما تثبت ضرورة حتى لا تصير صفة الكثرة لغواً ، فإن العمل بها باعتبار الحقيقة والعرف متعذر ، وما يثبت مقتضى صحة الغير ، يثبت أدنى ما يصح به الغير ، وأدنى ما تثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم ، فإن القطع متعلق شرعاً بالكثير من المال لا بالقليل ، على ما روى أنه لا يقطع فى الشئ التافه ، ثم اعتبر النصاب فى حق القطع واستباحة البضع عشرة ، فيلزمه عشرة[٢].

وقد نوقش الاستدلال بالوجه الأول من هذه الوجوه ، بأنه غير صحيح ، لوجهين :

أحدهما : أن أقل الجمع ثلاثة ، والوصف بالكثرة والعظم لا يقتضى زيادة قدر محدود ، لما سبق بيانه من أن هذا الوصف لا حد له شرعاً ولا عرفاً ولا لغة ، فلم تجب الزيادة على أقل الجمع ، لأن الإقرار موضوع على إلزام اليقين وإطراح الشك[٣].

والثانى : أن كون العشرة أكثر ما يستعمل فيه اسم الجمع ، إنما هو عند اقتران اسم الجمع بالعدد ، بأن يكون مميزاً له ، لا عند انفراده عنه ، فإنه يجوز أن يزاد بجمع الكثرة حال الانفراد ، ما فوق العشرة إلى مالا نهاية ، كما لا يخفى على العارف باللغة ، ومسألتنا مفروضة فى حال الانفراد عن ذكر العدد ، فما معنى اعتبار حكم الاقتران فيها البته ؟[٤].

ونوقش استدلالهم بالوجه الثانى بانه غير صحيح أيضاً ، لسببين :

أحدهما : أن جمع الكثرة أقله عشر لا عشرة ، على ما تقرر فى علم النحو ، حيث قال النحويون : مطلق الجمع على حزبين : قلة وكثرة ، والمراد بالقليل من الثلاثة إلى العشرة ، والحدان داخلان . وبالكثير : ما فوق العشرة[٥].

---

(١) نتائج الأفكار ٣٣١/٨ ، الإنصاف ١٨٣/١٢ .

(٢) نتائج الأفكار ٣٣١/٨ . والفرق بين هذه المسألة ومسألة ما لو أقر بمال عظيم أو كثير ؛ حيث اختلف قول أبي حنيفة فيهما : هو أن قوله : دراهم كثيرة ، يفيد العدد ؛ لأن الكثرة بزيادة العدد ، فاعتبر الكثرة التي ترجع إلى العدد . وقوله : مال عظيم ، لا يقتضى عدداً ، فوجب أن يحمل على المستعظم لا من حيث العدد . والعظيم في الشرع ما يصير به غنياً فتجب الزكاة فيه ، فاعتبر ذلك . (المرجع السابق ٣٣١/٨).

(٣) الحاوى الكبير ١٧/٧ ، المغنى ٢٩٩/٥ ، ٣٠٠ .

(٤) نتائج الأفكار ٣٣١/٨ .

(٥) نتائج الأفكار ٣٣١/٨ .

والـثانى : أن هذا التعليل يلزم منه أن لا يصدق أيضاً فى أقل من عشرة فيما إذا قـال : لـه علـىَّ دراهـم بدون ذكر وصف الكثرة ، مع أنه يصدق هناك فى ثلاثة بالاتفاق[1].

ويـناقش استدلالهم بالوجه الثالث أيضاً : بأن تحديد أدنى ما تثبت به الكثرة مـن حيـث الحكم بأنه عشرة دراهم ، تحكم لا دليل عليه ، فيكون باطلاً . كما أن تحديد نصـاب السرقة ومقدار المهر بأنه عشرة دراهم ، ليس متفقاً عليه بين الفقهاء ، وإنما هو رأى الحنـيفة والعراقيين ، وهو مرجوح ؛ لمعارضته بالأدلة الراجحة الدالة على خلاف ذلك كما سبق بيانه[2].

ثم أن العشرة إن كانت كثيرة فى حق القطع وجواز النكاح – على ما قالوا – فإنها قليلة فـى حـق أشياء أخرى ، فيبطل إطلاق صفة الكثرة عليها . يقول قاضى زادة نقلاً عن صاحب الغاية – رحمهما الله – "فأما العشرة إن كانت كثيرة فى حق القطع وجواز النكاح ، ففـى حرمة الصدقة ووجوب الزكاة قليلة ، ومطلق الإسم ينصرف إلى الكامل من ذلك الاسم لا إلى الناقص ... فأما العشرة بين القليل والكثير من حيث الحكم ، فكان ناقصاً من حيث الكثرة حكماً"[3].

أدلة الرأى الثالث :

استدل أصحاب الرأى الثالث على أن أقل ما يصدق فيه هو نصاب الزكاة بالمعقول من وجهين :

أحدهما : أن العمل بالكثرة ممكن حكماً ؛ لأن فى النصاب كثرة حكمية ، إذ إن صـاحبه مكـثر حتى وجبت عليه مواساة غيره ، بخلاف ما دونه ، فالعمل به أولى من الإلغاء[4].

والـثانى : أن العمـل بهـذه الصـفة – الكثرة أو العظم – إن تعذر من حيث الحقيقة والعـرف كمـا قال الشافعى ، لكن أمكن العمل بها حكماً ، ولا يلغى من كلام العاقل ما أمكـن تصـحيحه ، فيجـب حمل الكثرة على الكثرة من حيث الحكم ، حتى لا تلغو هذه الصفة ، فصار كأنه قال : لفلان علىَّ دراهم كثيرة حكماً ، والدراهم الكثيرة حكماً من كل

---

(١) نتائج الأفكار ٣٣١/٨ .

(٢) ف ص ٣٥٠ .

(٣) نتائج الأفكار ٣٣٠/٨ .

(٤) الهداية ١١٩٢/٣ ، العناية ٣٣٠/٨ ، البدائع ٣٢٥/٧ ، المغنى ٢٩٩/٥ .

وجـــه مائتا درهم ، لأنها كثيرة شرعاً فى حق القطع ، والمهر ووجوب الزكاة ، وحرمة الصدقة[١].

وقــد نوقــش الاســتدلال بالوجه الأول من هذين الوجهين ، بأنه غير صحيح ؛ لأن نصاب الزكاة وإن كان له كثرة فى ترتيب حكم وجوب الزكاة ، إلا أن نصاب السرقة والمهـــر – وهـــو العشـــرة عند الحنيفة – له أيضاً كثرة فى ترتيب حكم ثبوت قطع اليد واســـتباحة البضــــع ، وكذا الأكثر من المائتين مما يحصل به الاستطاعة فى الحج من الأماكـــن البعـــيدة ، له كـــثرة فى ترتيب حكم وجوب الحج ، فوقع التعارض بين هاتيك الكـــثرات الحكمية ، فلم يمكن العمل بإحداها على التعيين ، فقوله : لأن فى النصاب كثرة حكمية ، لا يجدى شيئاً . وكذا قوله : فالعمل به أولى من الإلغاء ، لا يستلزم أولوية العمل به من العمل بما فيه كثرة أخرى ، فلا يتم المطلوب[٢].

كمـا نوقش الاستدلال بالوجه الثانى : بأنه وإن أفاد فى الظاهر ، أولوية حمل الدراهـــم الكثـــيرة علـــى المائتين من حملها على العشرة ، لكن لم يفد أولوية حملها على المائتين على الأكثر من المائتين ، مما يترتب عليه وجوب الحج من الأماكن البعيدة ، بل أفاد أولوية العكس ، لأن الأكثر من المائتين هو الذى تحقق فيه الكثرة حكماً من كل وجه ، فإنه كثير فى حق وجوب الحج أيضاً من الأماكن البعيدة ، وأما المائتان ، فهو بين القليل والكثير ، بالنظر إلى حكم الحج من الأماكن البعيدة ، فكان ناقصاً من حيث الكثرة حكماً ، فلم يتم المطلوب[٣]. .

دليل الرأى الرابع : .

استدل أصحاب الرأى الرابع على انه لا يصدق فى أقل من أربعة بالمعقول ، وهو أن الأربعـــة أول مراتب الكثرة ، فهى المحققة ، والزائد عليها مشكوك فيه ، والاصل براءة الذمة ، فلا تشغل بمشكوك فيه[٤].

ويـــناقش هذا بما سبق بيانه فى دليل الرأى الأول ، من أن صفة الكثرة لا حد لها شرعاً ولا عرفاً ولا لغة ، فوجب الغاؤها واعتبار أقل الجمع وهو ثلاثة .

---

(١) نتائج الأفكار ٣٣٠/٨ .

(٢) نتائج الأفكار ٣٣٠/٨ .

(٣) المرجع السابق ٣٣٠/٨ ، ٣٣١ .

(٤) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٠٧/٣ ، شرح منح الجليل ٤١٤/٣ ، جواهر الإكليل ١٣٦/٢ .

دليل الرأى الخامس :

استدل أصحاب الرأى الخامس على أنه لا يصدق فى أقل من تسعة دراهم بالمعقول ، وهو أن ذلك العدد تضعيف لأقل الجمع ثلاث مرات ، فوجب اعتباره.[1]

ويناقش هذا بإن اعتبار هذا الجمع تحكم لا دليل عليه ، فقد ثبت أن صفة الكثرة لا حد لها شرعاً ولا عرفاً ولا لغة ، فاختيار عدد التسعة بالذات واعتباره لا وجه له .

الرأى الراجح :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء فى هذه المسألة وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات ، يترجح فى نظرى ما قال به أصحاب الرأى الأول من أن المقر لا يصدق فى تفسير إقراره فى هذه الحالة بأقل من ثلاثة ، وذلك لقوة دليلهم وصحته وسلامته من المعارضة ، وضعف أدلة المخالفين :

هذا ولما كان التعامل بيننا فى مصر يجرى بالجنيه المصرى ، وكانت قيمة هذا الجنيه ضئيلة بالنسبة للدرهم[2] ، فإننى أرى أنه لو صدر إقرار مثل هذا بجنيهات أى أقر بجنيهات ووصفها بالكثرة أو العظم ، أن أقل ما يلزم به هو ما يعدل ثلاثة دراهم منها ، وذلك اعتباراً بالعرف العام فى مصر ، الذى يستنكر أن يطلق وصف الكثرة أو العظمة على ثلاثة جنيهات ، وخاصة فى هذه الأيام ، نظراً لضعف أو انخفاض قوتها الشرائية ، الناتج عن ظاهرة التضخم ، أى الإرتفاع المستمر فى المستوى العام للأسعار ،ففى هذا الظرف لا يمكن تصور وجود من يعتقد أن الثلاثة الجنيهات كثيرة أو عظيمة ، وإن وجد فهو نادر ، والنادر لا حكم له . فإذا ثبت أن العرف العام فى مصر ، لا يقبل أن يطلق وصف الكثرة على الثلاثة الجنيهات ، فوجب أن يطلق على ما يعادل ثلاثة دراهم ، لأن للعرف دوره فى إثبات الأحكام ، إذ العادة شريعة محكمة .

كما أن هذا ما يقتضيه وجوب المحافظة على وقت وجهد القضاء ، فلا يمكن أن يضيع وقته ويبذل جهده من أجل الحكم بهذا المبلغ التافه ، وخصوصاً فى هذا الزمن ، الذى كثرت فيه المشاكل ، وعجّت فيه ساحات المحاكم بقضايا أكثر من أن تحصى ، مما يستدعى منا تقرير وجوب تطهير ساحات المحاكم من القضايا التافهة ، التى لا طائل من ورائها ، أو التى طائلها كالعدم .... **والله تعالى أعلم** .

******

---

(١) حاشية الدسوقى ٣/٤٠٧ .

(٢) حيث إن الدرهم الشرعى يساوى سبعة أعشار المثقال أو الدينار ، أى أن وزن كل عشرة منه يساوى سبعة مثاقيل أو دنانير . وإذا كان المثقال أو الدينار يزن ٤,٢٥ جرامات ، فإن وزن الدرهم العربى هو ٤,٢٥ × ٧= ٢,٩٧٢ جرام ، وهذه النسبة تفوق بكثير قيمة الجنيه المصرى . (دائرة المعارف لبطرس البستانى ٧/٦٧٠ ط دار المعرفة – بيروت – ، الخراج والنظم المالية للدكتور محمد ضياء الدين الريس ص ٣٤٣ وما بعدها).

الغصن الثالث
حد قبول تفسير الإقرار
بعددين مجهولي القدر

إذا جمـع المقر في إقراره بين عددين مجهولي القدر ، كقوله : له عليّ كذا كذا ، أو كذا وكذا درهماً ، فقد اختلف الفقهاء في أقل عدد يصدَّق فيه إلى ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : يرى أصحابه أنه إن قال : كذا كذا درهماً ، لا يصدق في أقل مـن أحـد عشر درهماً . ولو قال : كذا وكذا درهماً – بالعطف – لا يصدق في أقل من إحدى وعشرين درهماً . إلى هذا ذهب الحنيفة والمالكية ، وبه قال أبو إسحاق المروزي[1] من الشافعية- ، والحنابلة في رأي ضعيف ، إن كان الإقرار بكذا كذا درهماً ، وكان المقر نحوياً ، أي أنه لا يصدق في هذه الحالة في أقل من أحد عشر درهماً[2].

المذهب الثاني : يرى أصحابه أنه إن قال كذا كذا درهماً ، يلزمه درهم واحد ، أي لا يصـدق في أقل منه . وإليه ذهب الشافعية في المذهب والحنابلة ، كما يلزمه درهم واحد في وجه عند كل منهما ، لو قال كذا وكذا درهماً[3].

المذهب الثالث : يرى أصحابه أنه لو قال : كذا و كذا درهماً ، يلزمه درهمان ، وإليه ذهب الشافعية في وجه ، والحنابلة في وجه[4].

المذهب الرابع : يرى أصحابه أنه لو قال : كذا وكذا درهماً ، يلزمه درهم وشئ ، يرجع في تفسيره إليه ، وإليه ذهب الشافعية في وجه والحنابلة في وجه[5].

---

(١) هو الإمام إبراهيم بن أحمد ، أبو إسحاق المروزي . كان إماماً جليلاً ، غواصاً على المعاني ، ورعاً زاهداً ، أخذ عن ابن سريج والإصطخري وعبدان المروزي ، وانتهت إليه رياسة المذهب في بغداد ، وانتشر الفقه عن أصحابه في البلاد ، ثم انتقل في آخر عمره إلى مصر وجلس في مجلس الشافعي . قال العبادي : وخرج من مجلسه إلى البلاد سبعون إماماً . ومن تلاميذه أبـو علي بن هريرة ، وأبو زيد المروزي ، وأبو حامد المروزي . وله مؤلفات كثيرة منها : "شرح المختصر" ، "والتوسط بين الشافعي والمزني" وتوفي بمصر في رجب سنة ٣٤٠هـ ، ودفن قريباً من الإمام الشافعي (طبقات ابن قاضي شهبة ١٠٥/١ ، طبقات الإسنوي ص ٣٦٢ ، تاريخ بغداد ١١/٦) .

(٢) الهداية وتكملة الفتح ٣٣٢/٨ ، البدائع ٣٢٧/٧ ، ٣٢٨ ، مختصر خليل والتاج والإكليل ٢٣٥/٧ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٠٦/٣ ، ٤٠٧ ، القوانين الفقهية ص ٣١٢ ، الحاوي ٢٧/٧ ، الإنصاف ١٨٥/١٢ .

(٣) الحـاوي الكبير ٢٧/٧ ، شرح المحلى ٨/٣ ، المغني ٣١٨/٥ ، ٣١٩ ، الإنصاف ١٨٥/١٢ ، البيان للعمراني ١٣/ ٤٥١ .

(٤) الحاوي الكبير ٢٧/٧ ، شرح المحلى ٨/٣ ، ٩ ، البيان ٤٥١/١٣ ، المغني ٣١٩/٥ ، الإنصاف ١٨٥/١٢ .

(٥) المراجع السابقة – المواضع نفسها .

الأدلـــــة

دليل المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول بالمعقول ، وهو أنه إن قال : كذا كذا درهماً ، فقد جمع بين عددين مبهمين ، وجعلهما اسماً واحداً من غير حرف الجمع ، وذلك يحتمل أحد عشـــر ، واثنى عشر ، وهكذا إلى تسعة عشر ، إلا أن أقل عدد يعبر عنه بهذه الصيغة ، أحـــد عشـــر ، فيحمل عليه ، لكونه متيقناً به ، ويلزمه أحد عشر درهماً ، لأنه فسر هذا العدد بالدراهم لا بغيرها .

أما إن قال : كذا وكذا درهماً ، فيكون قد جمع بين عددين مبهمين بحرف الجمع ، وجعلهما اسماً واحداً ، وأقل ذلك إحدى وعشرون[١].

وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه غير صحيح ، لوجهين :

أحدهمـا : أن ذكـــر العـــدد إذا تعقبه تفسير الجنس ، لم يوجب زيادة فى العدد المذكور ، اعتباراً بسائر الأعداد[٢].

والــثانى : أن مـــا ذكـــروه يلزم منه أن يكون اللفظ المفرد ، موجباً لأكثر من المكرر ، لأنه يجب بالمفرد عشرون ، وبالمكرر إحدى عشر . وهذا غير معهود[٣].

دليل المذهب الثانى :

اســـتدل أصـــحاب المذهب الثانى على أنه لو قال : كذا كذا درهماً ، بدون حرف العطف ، يلزمه درهم واحد ، لأن حذف حرف العطف يجعل التكرار تأكيداً ، كقوله : له علـــىَّ شئ شئ ، أو درهم درهم . وكذلك إن قال : له علىَّ كذا وكذا ، فإنه لا يلزمه إلا درهـــم واحـــد ، لأن كذا يحتمل أقل من درهم ، فإذا عطف عليه مثله ، ثم فسرها بدرهم واحد ، جاز وكان كلاماً صحيحاً[٤] ، ولأنه يحتمل أن يريد تفسير اللفظين معاً بالدراهم[٥].

---

(١) البدائع ٣٢٨/٧ ،الهداية وتكملة الفتح ٣٣٢/٨ ، ٣٣٣ ،الشرح الكبير للدردير ٤٠٦/٣ ،القوانين الفقهية ص ٣١٢.

(٢) الحاوى الكبير ٢٧/٧ .

(٣) المغنى ٣٢٠/٥ .

(٤) الحاوى ٢٧/٧ ، ٢٨ ، المغنى ٣١٩/٥ .

(٥) مغنى المحتاج ٣٣٦/٢ .

دليل المذهب الثالث :

استدل أصحاب المذهب الثالث بالمعقول ، وهو أنه ذكر جملتين أو شيئين ، فإذا فسـر ذلـك بدرهـم ، عاد التفسير إلى كل واحدة منهما : كقوله عشرون درهماً ، يعود التفسير إلى العشرين ، وكذا ها هنا[١].

دليل المذهب الرابع :

واستدل أصحاب المذهب الرابع بالمعقول ، وهو أن الدرهم تفسير للجملة التى تلاها — الثانـية — ، فـيلزمه بهـا درهم ، أما الأولى ، فباقية على إبهامها ، فيرجع فى تفسيرها إليه[٢].

الترجيح :

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم فى هذه المسألة ، أرى أن الراجح أنه لا يصدق فـى أقل من ثلاثة دراهم ، وذلك نظراً للعرف السائد فى هذه الأيام ، فإن المتعارف عليه عـند الـناس ، أن لفـظ كذا ، يطلق على جمع ، وأقل الجمع ثلاثة كما عرفنا ، والعادة شريعة محكمة . ولجهل الغالبية العظمى من الناس بقواعد اللغة العربية ....

والله تعالـى أعلم .

⚲⚲⚲⚲⚲⚲

---

(١) الحاوى ٢٨/٧ ، المغنى ٣١٩/٥ ، مغنى المحتاج ٣٣٦/٢ .

(٢) المغنى ٣١٩/٥ ، مغنى المحتاج ٣٣٦/٢ .

الغصن الرابع

حد قبول تفسير الإقرار

بعددين ، أحدهما مجمل والآخر مفسر

لو جمع في إقراره بين عددين أحدهما مجمل والآخر مفسر ، كما لو قال : له عليّ نيف وسبعون درهماً ، أو بضع وسبعون درهماً ، فإنه يصدق في تفسير العدد المجمل في حدود ما يطلق عليه اللفظ لغة .

ففي المثال الأول : يصدق في تفسير النيف بدرهم أو أكثر أو أقل ، لأن النيف لغة عبارة عن مطلق الزيادة[1].

وفي المثال الثاني : لا يصدق في تفسير البضع بأقل من ثلاثة دراهم ، لأن البضع في اللغة اسم لقطعة من العدد ، ويستعمل في الثلاثة إلى التسعة[2]. فيحمل على أقل المتعارف عليه ، لأنه متيقن به[3].

******

---

(١) ففي مختار الصحاح ص ٦٨٧ : "وكل ما زاد على العقد فهو نيف ، حتى يبلغ العقد الثاني " كذا في لسان العرب مادة "نوف" ٣٤٢/٩ .

(٢) ففي مختار الصحاح ص ٥٥ : "بضع في العدد – بكسر الباء وبعض العرب يفتحها – وهو ما بين الثلاث إلى التسع . تقول بضع سنين وبضعة عشر رجلاً ، وبضع عشرة امرأة " . كذا في المصباح المنير للفيومي ٥٠/١ .

(٣) بدائع الصنائع ٣٢٨/٧ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٠٦/٣ ، التاج والإكليل ٢٣٥/٧ .

الغصن الخامس

حد تفسير المستثنى المجهول من المعلوم

إذا بيـــن المقـــر جنس ما أقر به وبين قدره ، واستثنى منه بعضه ، كما لو قال : لفـــلان على ألف درهم أو ألف جنيه إلا شيئاً أو إلا قليلاً ، أو إلا بعضاً . فقد ذكر الفقهاء أنه فى هذه الحالة ، يقبل تفسير المقر للمستثنى فى حدود ما دون النصف ، لأن الشئ أو الـــبعض أو القلـــيل ، يحتمل القليل و الكثير ، لكن لا يجوز استثناء الأكثر ، فتعين حمله على ما دون النصف . وعليه فيستحق المقر له خمسمائة درهم ودرهماً أو خمسمائة جنيه وجنيهاً فأكثر ، حسب بيان المقر[١].

******

(١) الدر المختار وحاشية رد المحتار ٣٢٧/٨ ، التاج والإكليل ٢٣٩/٧ ، المغنى ٣١٨/٥ ، الإنصاف ١٤٨/١٢ .

الفرع الثانى

حدود تفسير الإقرار بمجهول العين فقط وبمجهول العين والقدر معاً

قد يقر الإنسان بشئ ويحدد قدره ، إلا أنه يغفل بيان عينه ، كأن يقول : لفلان علىَّ ألف أو مائة . فإذا ما رُفعت عليه دعوى بهذا الإقرار ، فقد اتفق الفقهاء على أنه يُطلب منه البيان ، فإذا بينه من أى جنس كان من أجناس الأموال ، صُدِّق وحكم عليه به ، ما لم يخالفه المدعى – المقر له – فإن خالفه ، حلف على أن الألف أو المائة التى أقر بها هى هذه ؛ وذلك لأنه المجمل ، والبيان واجب على المجمل[1].

كذلك فإن الإنسان قد يقر بشئ مجهول العين والقدر معاً ، كأن يقول لفلان علىَّ شئ أو حق أو كذا .

ومن أقر بذلك ، فقد أتى بصيغة هى غاية فى الإجمال ، وذلك لصحة إطلاق هذه الألفاظ على ما لا يحصى من الأجناس والمقادير[2] ، ولذا فإنه يجبر على تفسير إقراره هذا إذ ما رفعت عليه دعوى به ، ولا بد أن يفسره بما يتمول فى العادة ، أى ماله قيمة مالية ، وإن قلّت ، أو بما يثبت فى الذمة ، حتى يقبل إقراره .

فلو فسره بما لا تثبت عليه اليد ، كقوله : أردت شمساً أو قمراً أو كوكباً أو ريحاً أو ناراً ، لم يكن شئ من ذلك مفسراً ، وكذا لو فسره بتافه حقير ، كتمرة أو لقمة أو قشرة بيضة ، لم يكن ذلك مفسراً ، ولا يقبل تفسيره ؛ لأنه وإن صح أن يطلق عليه اسم الشئ ، إلا أنه مما لا يستحق عليه مطالبة . ولا يتوجه إليه إقرار ؛ لارتفاع اليد عنه ، ولمساواة الجميع فيه .

وطالما أنه قد أقر بما فى ذمته ، فلا بد وأن يفسره بشئ مما يثبت فى الذمة ، وهذه الأشياء لا تثبت فى الذمة ، فيكون التفسير بها باطلاً .

---

(١) الهداية وتكملة الفتح والعناية ٣٣٨/٨ ، ٣٣٩ ، المادة ١٥٧٩ من مجلة الأحكام العدلية ، درر الحكام ٨٣/١٢ ، التاج والإكليل ٢٣٣/٧ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٠٥/٣ ، شرح منح الجليل ٤١٠/٣ ، الحاوى الكبير ١٧/٧ وفيه : "إن قال : له علىّ ألف ....فيرجع إليه فى تفسير الألف إجماعاً ؛ لإبهامها " ، البيان ١٣ /٤٥٣ ، ٤٥٤ ، تحفة المحتاج ٣٨٠/٥ ، نهاية المحتاج ٩٠/٥ ، المقنع مع الشرح الكبير ٣٤٤/٥ ، الفروع لابن مفلح ٦٣٨/٦ ، الإنصاف للمرداوى ١٨٦/١٢ وورد فيه : "وإن قال : له علىّ ألف ، رُجع فى تفسيره إليه ، فإن فسره بأجناسٍ قُبل منه بلا نزاع " ، التاج المذهب ٥٨/٤ .

(٢) التاج والإكليل للمواق ٢٣٤/٧ ، شرح منح الجليل ٤١٢/٣ .

وعلى هذا اتفقت كلمة الفقهاء[١].

وأيضاً لو فسر إقراره بما ليس بمال فى الشرع ، كالخمر والخنزير والميتة ، فإنه لا يقبل عند أكثر الفقهاء "الحنيفة[٢] ، والمالكية فى مقتضى كلامهم[٣] ، والشافعية فى وجه[٤] ، والحنابلة[٥] ، والزيدية فى مقتضى كلامهم[٦].

ولم يخالف فى ذلك إلا الشافعية فى وجه ضعيف ، حيث قالوا بقبول التفسير بهذه الأشياء ، لأنها مما ينطلق عليها اسم الشئ ، كما أن اليد تنالها[٧].

وذلك مردود : بأن هذه الأشياء ، ليست بمال ، ولا يحل بيعها ولا الانتفاع بها شرعاً ؛ فلقد ورد عن جابر – رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "**إن الله ورسوله ، حرم بيع الخمر و الميتة والخنزير والأصنام**" . فقيل : يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة ، فإنه يُطلى بها السفن ، ويُدْهَنُ بها الجلودُ ، ويستصبح بها الناس ؟ فقال :

---

(١) المادة (١٥٧٩) من مجلة الأحكام العدلية ، درر الحكام ٨٢/١٢ ، ٨٣ ، شرح المجلة لسليم رستم ٨٦٦/٢ ، الهداية ١٩٩١/٣ الاختيار لتعليل المختار ١٢٩/٢ ، مجمع الضمانات ٢٦٥/٢ ، البدائع ٣١٦/٧ ، تبين الحقائق ٤/٥ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٠٥/٣ ، الذخيرة للقرافى ٢٨٦/٩ ، التاج والإكليل ٢٣٤/٧ القوانين الفقهية ص ٣١٢ ، البيان ٤٣٥/١٣ ، الحاوى الكبير ١١/٧ ، المنهاج ومغنى المحتاج ٣٣٤/٢ ، كفاية الأخيار للحصنى ٣٧٩/٢، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٦٣٣ المغنى ٣١٤/٥ ، ٣١٥ ، الشرح الكبير مع المغنى ٣٣٨/٥ ، منار السبيل ٣٥٣/٢ ، المبدع لابن مفلح ٣٥٧/١٠ ، شرح منتهى الإرادات ٥٨٨/٣ ، ٥٨٩ ، شرح المحلى على المنهاج ٨/٣ ، التاج المذهب ٥٨/٤ ، السيل الجرار ١٨٢/٤ .

(٢) فقد جاء فى الدر المختار ٣١١/٨ "ولزمه بيان ما جهل ، كشئ وحق ، بذى قيمة ، كفلس وجوزة ، لا بما لا قيمة له ، كحبة حنطة ، وجلد ميتة ، وصبى حر ، لأنه رجوع " ، ونحو هذا فى الهداية ١١٩١/٣ ، ١١٩٢ ، نتائج الأفكار والعناية ٣٢٥/٨ ، تبيين الحقائق ٤/٥ ، البناية للإمام العينى ٥٤٠/٨ ، الاختيار لتعليل المختار ١٢٩/٢ .

(٣) حيث جاء فى التاج والإكليل ٢٣٤/٧ "قوله : له عندى شئ أو حق ....يقبل تفسيره بأقل ما يتمول ، لأنه محتمل لكل ما ينطلق عليه مما يتمول " ونحو هذا فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٠٥/٣ ، شرح الخرشى ٩٤/٦ ، شرح منح الجليل ٤١٢/٣ ، شرح الزرقانى وحاشية البنانى ٩٩/٦ ، جواهر الإكليل ١٣٥/٢ .

(٤) الحاوى الكبير ١٢/٧ ، نهاية المحتاج ٨٦/٥ ، الوسيط للغزالى ٣٣٠/٣ ، كفاية الأخيار ٣٧٩/٢ ، البيان للعمرانى ١٣ /٤٣٦ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٦٣٣ .

(٥) المغنى ٣١٤/٥ ، الشرح الكبير مع المغنى ٣٣٨/٥ ، الروض المربع /٤٩١ ، الفروع ٦٣٥/٦ ، ٦٣٦ ، المبدع ١٠/ ٣٥٧ ، الكافى ٥٩٠/٤ .

(٦) حيث جاء فى التاج المذهب ٥٨/٤ : "أقله ما يتمول ولو فلساً ، لا غير كقشرة البيض أو نحوه ، فيصح لكل ما ينتفع به " ونحو هذا فى السيل الجرار ١٨٢/٤ .

(٧) الحاوى الكبير ١٢/٧ ، البيان ٤٣٦/١٣ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٦٣٣ ، نهاية المحتاج ٨٦/٥ ، الوسيط للغزالى ٣٣٠/٣ ، كفاية الأخيار ٣٧٩/٢ .

"**لا هـو حرام**" . ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك : "**قاتل الله اليهود ، إن الله لما حرم شحومها ، جملوه ، ثم باعوه فأكلوا ثمنه**"[١].

وما كان كذلك فتفسير الإقرار به غير مقبول .

أما لو فسر إقراره هذا بكلب أو جلد ميته غير مدبوغ ، فقد ذهب الشافعية في وجه ، و الحنابلة في وجه ، إلى عدم قبول هذا التفسير ، سواء كان الكلب معلماً أو غير معلم[٢].

واستدلوا على ذلك بالمعقول ، وهو : أن الإقرار إخبار عما يجب ضمانه ، وهذه الأشياء لا يجب ضمانها[٣] ، أي أن قوله : عليَّ ، يقتضي ثبوت حق على المقر للمقَر له ، وما لا يقتضي ليس فيه حق ولا اختصاص ، ولا يلزمه رده .

كما أن هذه الأشياء ليست بمال ، فيكون التفسير بها باطلاً[٤].

بينما ذهب أصحاب الوجه الثاني في كلا المذهبين ، ومعهم الحنيفة والمالكية والزيدية إلى قبول هذا التفسير ، بشرط أن يكون الكلب معلماً[٥].

واستدلوا على ذلك بالمعقول من وجهين :

أحدهما : أنه مما ينطلق عليه اسم الشئ ، كما أنه مما تمتد إليه اليد ، ويجوز الانتفاع به ، ويصح أن تتوجه إليه الدعوى .

والثاني : أنه شئ يجب رده عليه وتسليمه إليه ، فالإيجاب يتناوله[٦].

---

(١) رواه الأئمة : البخارى فى صحيحة كتاب البيوع باب (١١٢) بيع الميتة والأصنام ٤/٤٩٥ (٢٢٣٦) ، ومسلم فى صحيحه كتاب المساقاة باب (١٣) تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ١١/٥ ، ٦ (٧١/ ١٥٨١) ، وأبو داود فى سننة كتاب البيوع ، باب فى ثمن الخمر والميتة ٣/٢٧٩ (٣٤٨٦) ، والترمذى فى صحيحه فى أبواب البيوع باب (٦٠) ما جاء فى بيع جلود الميتة والأصنام ٤/٤٣٤ ، ٤٣٥ (١٣١٥) مع التحفة وقوله : "جَمَلوُه" أى أذابوه . يقال : جَمَلَهُ إذا أذابه .والجميل : الشحم المذاب . (نيل الأوطار ٥/١٤٣).

(٢) مغنى المحتاج ٢/٣٣٤ ، نهاية المحتاج ٥/٨٦ ، أدب القضاء لابن أبى الدم ص ٦٣٣ تحفة المحتاج ٥/٣٧٥ ، شرح المحلى على ، المنهاج ٣/٨ ، المغنى ٥/٣١٤ ، الكافى ٤/٥٩٠ ، الإنصاف ١٢/١٧٩ .

(٣) المغنى ٥/٣١٤ ، ٣١٥ ، الشرح الكبير مع المغنى ٥/٣٣٨ ، منار السبيل ٢/٣٥٤ ، الكافى ٤/٥٩٠ ، البيان للعمرانى ١٣/٤٣٦ .

(٤) كفاية الأخيار للحصنى ٢/٣٧٩ ، الحاوى ٧/١٢ ، مغنى المحتاج ٢/٣٣٤ .

(٥) الحــاوى ٧/١٢ ، المنهاج مع مغنى المحتاج ٢/٣٣٤ ، تحفة المحتاج ٥/٣٧٥ ، ٣٧٦ ، المغنى ٥/٣١٤ ، حاشية الشلبى على الزيلعى ٥/٤ ، الشرح الكبير مع المغنى ٥/٣٣٨ ، الإنصاف ١٢/١٧٩ ، كفاية الأخيار ٢/٣٧٩ ، التاج المذهب ٤/ ٥٨ .

(٦) الحاوى ٧/١٢ ، مغنى المحتاج ٢/٣٣٤ ، كفاية الأخيار ٢/٣٧٩ ، البيان ١٣/٤٣٦ ، المغنى ٥/٣١٤ ، الشرح الكبير مع المغنى ٥/٣٣٨ .

الفرع الثالث
أثر موت المقر قبل تفسيره لإقراره في الدعوى

إذا مات المقر قبل تفسيره لإقراره ، قام ورثته مقامه فى الدعوى ، وأجبروا على بيان ما أقر به مورثهم[١] ، كما انه لو مات قبل أن ترفع عليه الدعوى ، وأقام المقَر له البينة على إقراره ، قام ورثته مقامه أيضاً ، وأجبروا على البيان ؛ وذلك لما هو معروف من أن حقوق العباد المتعلقة بالمال ، لا تسقط بموت من عليه الحق ، بل تؤخذ من تركته.

ولأن الحق المقر به مجهول ، ومحتاج إلى البيان ، لعدم إمكان القضاء بالمجهول . فلما كان من عليه الحق عاجزاً عن البيان بعد موته ، فلا بد وأن ينوب عنه ورثته فى البيان ، كما فى الوصية بالمجهول[٢]. هذا ما ذهب إليه الحنفية .

وقال الشافعية : أنه لو امتنع الوارث من البيان ، وقفت التركة كلها ، لا أقل منها ، حتى يبين الوارث ، ولا يمنع من ذلك احتمال أن يبين الوارث بما ليس من التركة ، كالسرجين[٣] ونحوه ، لأن التركة كلها مرتهنة بالدين حتى وإن لم تدخل فى التفسير. ولأنا لم نتيقن عدم إرادة المقر المال ، فلا بد وأن توقف ويمنع الورثة من التصرف احتياطاً إلى أن يبينوا[٤].

ويمكن اعتبار هذا الذى قرره الشافعية ، وسيلة من وسائل إجبار الورثة على البيان .

فإن لم تُجْدِ وسائل الإجبار مع الورثة ، وامتنعوا عن البيان ، استحلفهم القاضى أنهم ما يعلمون قصد مورثهم من إقراره ، ولا غلب فى ظنهم شئ يقصده . فإن حلفوا ، رُجع فى البيان إلى نظر القاضى ، فيحكم للمقر له بما غلب على ظنه بمقتضى نظره واجتهاده[٥].

******

---

(١) المادة ١٥٧٩ من المجلة ، درر الحكام ٨٤/١٢ ، نتائج الأفكار ٤٤٥/٨ .

(٢) نتائج الأفكار ٤٤٥/٨ ، ٤٤٦ ، درر الحكام ٨٤/١٢ .

(٣) السرجين : الزبل . (المعجم الوجيز ص ٣٠٨) ، فقد عرفنا أن بعض الشافعية قد ذهبوا إلى أنه إن فسر الإقرار بمجهول العين بما ليس بمال فى الشرع ، قُبل تفسيره . راجع صـ ٣٦٧.

(٤) مغنى المحتاج ٣٤٣/٢ .

(٥) التاج المذهب ٥٩/٤ .

المطلب الثالث
مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني
في حجية الإقرار بالمجهول والدعوى به والحكم فيها

بالـــنظر في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني في موضوع دعوى الإقرار بالمجهول ، نرى أن بينهما اختلافاً واضحاً في حجية الإقرار بالمجهول ، وفي جواز رفع الدعوى به .

حيـــث قرر الفقه الإسلامي أن الإقرار بالمجهول ملزم للمقر وحجة عليه ، سواء كانـــت جهالـــته فاحشـــة أو يسيرة ، ودعموا ذلك بالحجج العقلية المقنعة . بينما أضرب القـــانون صـــفحاً عن الإقرار بالمجهول ، فلم يعترف به ، ولم يجعله حجة إلا إذا كانت جهالته يسيرة وقابلة للتعيين .

كمـــا قـــرر الفقه الإسلامي مشروعية دعوى الإقرار بالمجهول ، وبذل الفقهاء الجهود المجهدة في وضع القواعد والحدود التي يمكن التوصل على أساسها إلى تحديد ما يقصده المقر في إقراره ، تحديداً حقيقياً عادلاً ، لا يعرف الحيف أو الميل ، بينما لم يتكلم القانون ولا فقهاؤه في شئ من ذلك بالمرة .

ونجـــد أنه لزاماً علينا في هذا الصدد ، أن نسجل بكل اعتزاز وفخار تفوق الفقه الإســـلامي على القانون الوضعي ، حيث قد جعل الفقه الإسلامي الحق فوق كل اعتبار ، وجعل وصوله إلى صاحبه هدفاً لا يمكن تجاهله ، ولا يحول دون تحقيقه أي عائق ، حتى ولـــو تمثل هذا العائق في جهالته جهالة فاحشة ، بل حتى ولو انضم إلى هذه الجهالة وفاة من عنده هذا الحق ، طالما كانت له تركة .

هذا من ناحية ، و من ناحية ثانية ، فإن الفقه الإسلامي ، قد أقام للكلمة اعتباراً ، فالكلمة التي تخرج من فم المسلم ، لها وزنها وقيمتها له أو عليه ، ولا أدل على ذلك من قو له تعـــالى : ﴿ **ما يلفظ من قول إلا لديه رقيب عتيد** ﴾ [1]. فإذا ما صدر من الإنسان إقـــرار ولو بمجهول ، فإنه يلتزم بمقتضاه بمجرد صدوره ولا يستطيع أن يتفلت من زمام كلمـــته بعـــد خـــروجها منه ؛ ذلك أن المفروض في المسلم ، أنه لا يعرف الهزل ، ولا التلاعـــب بالألفاظ ، خاصة ما يشير منها إلى استحقاق الغير حقوقاً لديه ، وإلا كان كاذباً

---

(١) الآية ١٨ من سورة ق.

مضــــلاً ﴿ **ويوم القيامة ترى الذين كذبوا على الله وجوههم مسودة أليس فى جهنم مثوى للمتكبرين** ﴾ [١]

ومـــن ناحية ثالثة ، فإن الفقه الإسلامى يحرص على تبرئة ذمة المدين من الدين حتى بعد وفاته ، ذلك أن الآخرة يجب أن تكون هى غاية المؤمن ، والمؤمن لا يدرك غايـــته هـــذه ، إلا بعد أن تخلو ذمته من كافة حقوق الآخرين ، فهذه الحقوق مهما كانت ضئيلة ، فهى كفيلة بأن ترهن بها نفس المؤمن ، وتحبس بها عن دخول الجنة حتى تؤدى ، وصـــدق رســـول الله صلى الله عليه وسلم إذ يقول : **"نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه"**[٢].

ولـــيس فـــى وسائل إجبار الورثة على تفسير إقرار مورثهم أى تعارض مع مبدأ "شخصية العقوبة" المنطوق به قوله تعالى ﴿ **ولا تزر وازرة وزر أخرى** ﴾ [٣] وقوله تعالى : ﴿ **لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت** ﴾ [٤] ؛ لأن الورثة هم أقرب الناس إلى المقر ، وهم أدرى بمقاصده ومراميه من الكلام ، فكان عليهم أن يسارعوا فى بيان مقصده من إقراره هـــذا ، عمـــلاً على تبرئة ذمته ، وتوصيل الحق لأهله ، خاصة وأنهم لن يتكلفوا شيئاً ، فـــالحق سيُدفع من تركته ، فلما لم يفعلوا ، كان ذلك قرينة قوية على رغبتهم فى أكل حق المقـــر له ، وصـــاروا آثميـــن ومذنبين ، فاستحقوا بذلك أن يعاملوا بنقيض مقصودهم ، وصـــدق الله العظيم إذ يقول : ﴿ **من يعمل سوءاً يُجْز به ولا يجد له من دون الله ولياً ولا نصيراً** ﴾ [٥].

وليـــت القانون الوضعى المصرى يحذو حذو الفقه الإسلامى فى هذا الموضوع ، كما فعل القانون العراقى[٦] .. **والله المستعان** .

---

(١) الآية ٦٠ من سورة الزمر .

(٢) رواه بهذا اللفظ الشافعى والترمذى وحسنه ، والحاكم وصححه ، وابن ماجة والبيهقى والبغوى بسندهم إلى أبى هريرة رضى الله عنه . ورواه الإمام أحمد والبيهقى والدارمى عن أبى هريرة أيضاً بلفظ : **"نفس المؤمن معلقة ما كان عليه دين"** . وجاء فى كشف الخفا " أن المراد بالدين الذى تُعلق به نفس المؤمن هو الذى يستدينه صاحبه فى فضول أو فى محرم . (مسند الإمـــام الشافعى ، كتاب الجنائز والحدود ص ٣٦١ ، ٣٦٢ ، مسند الإمام أحمد ٤٤٠/٢ ، ٤٧٥ ، صحيح الترمذى مع تحفة الأحوذى ١٦٤/٤ (١٠٨٤ ، ١٠٨٥) ، سنن ابن ماجة ٨٠٦/٢ (٢٤١٣) ، السنن الكبرى للبيهقى ٦١/٤ ، ٦/ ٤٩ ، ٧٦ ، ٢٥/٩ ، شـــرح السنة للبغوى ٢٠٢/٨ (٢١٤٧) ، المستدرك للحاكم ، كتاب البيوع ٢٦/٢ ، ٢٧ ، سنن الدارمى ، كتاب البيوع ٢٦٢/٢ ، كشف الخفا للعجلونى ٣٢٣/٢ ط ٢ دار إحياء التراث العربى سنة ١٣٥١ هـــ)

(٣) من الآية ١٥ من سورة الإسراء .

(٤) من الآية ٢٨٦ من سورة البقرة .

(٥) من الآية ١٢٣ من سورة النساء .

(٦) فقد نص فى المادة ٤٦٤ من القانون المدنى العراقى على حجية الإقرار بالمجهول فقال : "١- كما يصح الإقرار بالمعلوم ، يصح الإقرار بالمجهول ، إلا فى العقود التى لا تصح مع الجهالة . ٢- فلو أقر أحد بأمانة أو سرقة أو غصب ، صح إقراره ، =

المبحث الثانى
مشروعية الإبراء من المجهول والدعوى به
فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

الإبـــراء مـــن الديـــن هو إسقاطه ممن هو عليه . تقول : أبرأت زيداً من دينه ، وبرّأته – بالتشديد – أى جعلته بريئاً[١].

وقد عرفه فقهاء القانون بأنه : تصرف قانونى انفرادى ، يعبر عنه بتعبير واجب الاتصال ، ويقع بقصد القضاء على الالتزام على سبيل التبرع[٢]. أو بعبارة أوجز : "ترك الدائن حقه دون مقابل"[٣].

والإبـــراء من المجهول يقصد به : إسقاط الدين الذى لا يُعلم جنسه ولا قدره ولا صفته على وجه اليقين .

وفـــى هـــذا المبحـــث أبيـــن – **بمشيئة الله تعالى** – مشروعية هذا الإبراء ، ومشروعية الدعوى به فى الفقه الإسلامى ، وموقف القانون المدنى من هذه المشروعية ، وذلـــك فـــى ثلاثـــة مطالب ، أتبعها بمطلب رابع أقارن فيه بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى فى هذه الأحكام ، على النحو التالى :

✻✻✻✻✻✻

=ويطلب منه تعين الأمانة المجهولة أو المال المسروق ، أو المغصوب ، أما إذا أقر ببيع أو استئجار شئ غير معلوم ، فلا يصح إقراره" أ هـــ .

(١) المصباح المنير للفيومى ٦٥/١ .

(١) د.أحمد سلامة – أحكام الالتزام ص ٢٩٣ ف ٢٧١ نشر مكتبة عين شمس بالقاهرة .

(٣) أستاذنا الدكتور : رأفت حماد – أحكام الالتزام ص ٢٨٧ ف ٢٢٩ .

المطلب الأول
مشروعية الإبراء من المجهول
في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء فى مشروعية الإبراء من المجهول إلى ثلاثة مذاهب .

المذهب الأول : يرى أصحابه أن الإبراء من المجهول جائز مطلقاً ، سواء كان عيناً أو ديناً ، وسواء كان لهما – الدائن والمدين – سبيل إلى معرفته أو لم يكن . إلى هذا ذهب الحنيفة والمالكية ، وبه يقول الإمام الشافعي فى القديم إذا كان المبرأ منه ديناً ، كما جزم به الشافعية فى الإبراء من إبل الدية المجهولة الصفة ، وكذا الأرش والحكومة[1].

المذهب الثانى : يرى أصحابه أن الإبراء من المجهول جائز سواء كان عيناً أو ديناً بشرط أن لا يكون للدائن والمدين سبيل إلى معرفته . وإليه ذهب الحنابلة[2].

المذهب الثالث : يـرى أصـحابه أن الإبراء من المجهول باطل . وبه جزم الشافعية إذا كان المبرأ منه عيناً ، وهو رأى الشافعي في الجديد إذا كان المبرأ منه ديناً ، كما ذهب إليه الحنابلة إذا كان للدائن والمدين سبيل إلى معرفته سواء كان عيناً أو ديناً[3].

الأدلة والمناقشات :

أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول على صحة الإبراء من المجهول مطلقاً بالسنة والمعقول.

أما السنة : فمـا روى عـن أم سـلمة رضى الله عنها قالت : جاء رجلان يختصـمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بيـنة . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : **"إنكم تختصمون إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإنما أنا بشر ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، وإنما أقضى بينكم على نحو مما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار ، يأتى بها أسطاماً فى عنقه يوم القيامة"** فبكى الرجلان وقال كل واحد

---

(١) البدائع ٢٥٦/٥ ، ٢٥٧ ، بداية المبتدى مع الهداية ٩٧٠/٣ ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٦/٨ ، ٧ ، الكافى لابن عبد البر ص ٥٢٩ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٩٩/٤ ، مغنى المحتاج ٢٧٥/٢ ، شرح المحلى وحاشية القليوبى ٣٢٧/٢ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٦١٩/٢ .

(٢) المغنى ٢٩١/٦ ، منار السبيل ١٨/٢ .

(٣) مغنى المحتاج ٢٧٥/٢ ، شرح المحلى وحاشية القليوبى ٣٢٧/٢ ، فتح الوهاب ٦١٩/٢ ، الحاوى الكبير ٤٥١/٦ .

منهما : حقي لأخي . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "**أمَا إذا قلتما ، فاذهبا فاقتسما ، ثم توخيا الحق ، ثم استهما ، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه**"[١].

وجه الدلالة من هذا الحديث : أن النبى صلى الله عليه وسلم قد أمر كلا من المتخاصمين فيه أن يحلل صاحبه ، أى يجعله في حل مما عساه يكون قد علق بذمته من حق له ، بأن يبرئه من هذا الحق المجهول . وفى هذا دليل على جواز الإبراء من المجهول[٢].

٢- ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم ، لما بعث خالداً[٣] رضى الله عنه إلى بنى جذيمة داعياً لا مقاتلاً . وبلغه ما صنع خالد . أعطى عليا رضى الله عنه مالاً وقال : "**أنت هؤلاء القوم ، واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك ، وأدِهُم كلَّ نفس ذا مال**" فأتاهم على رضى الله عنه ، ووداهم حتى ميلغة الكلب ، فبقى في يده مال . فقال : هذا لكم مما لا تعلمون أنتم ولا يعلمه رسول اله صلى الله عليه وسلم . ثم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك . فقال صلوات الله وسلامه عليه : "**أصبت وأحسنت**"[٤].

---

(١) سبق تخريجه فى ص ١٢٩.

(٢) البدائع ٢٥٧/٥ ، نتائج الأفكار ٣٩٨/٦ ، الحاوى ٢٧٢/٥ ، المغنى والشرح الكبير ٢٨١/٦ ، ٢٩١ ، منار السبيل ١٨/٢ ، نيل الأوطار ٢٥٣/٥ ، ٢٥٤ .

(٣) هو أبو سليمان خالد بن الوليد بن المغيرة القرشى المخزومى ، الفارس الشهير ، الذى لم يهزم قط فى جاهلية ولا فى إسلام ، أسلم قبل الفتح بستة أشهر ، وولاه النبى صلى الله عليه وسلم أعنّة الخيل ، ولقبه بسيف الله المسلول وشهد بعد إسلامه باقى المشاهد مع المسلمين فأبلى بلاء حسناً إلى أن توفى رضى الله عنه فى حمص سنة ٢١هـ وله ثمانية عشر حديثاً .(الإصابة ٩٨/٢ (٢١٩٧) أسد الغابة ٥٨٦/١ ، سير أعلام النبلاء ٣٦٦/١(٧٨)) .

(٤) أصل هذا الحديث فى صحيح البخارى عن سالم عن أبيه قال : بعث النبى صلى الله عليه وسلم خالد بن الوليد إلى بنى جذيمة ، فدعاهم إلى الإسلام ، فلم يحسنوا أن يقولوا : أسلمنا ، فجعلوا يقولون : صبأنا ، صبأنا . فجعل خالد يقتل منهم ويأسر . ودفع إلى كل رجل منا أسيره ، حتى إذا كان يوم ، أمر خالد أن يقتل كل رجل منا أسيره . فقلت : والله لا أقتل أسيرى ، ولا يقتل رجل من أصحابى أسيره ، حتى قدمنا على النبى صلى الله عليه وسلم فذكرناه . فرفع النبى صلى الله عليه وسلم يديه فقال : "اللهم إنى أبرأ إليك مما صنع خالد . مرتين " . قال ابن حجر : زاد ابن عساكر عن عبد **الرزاق : "أو ثلاثة"** - أخرجه الإسماعيلى . وفى رواية الباقين "**ثلاث مرات**" ، وزاد الباقر فى روايته : "ثم دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم عليا فقال : "**اخرج إلى هؤلاء القوم ، واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك**" ، فخرج حتى جاءهم ومعه مال ، فلم يبق لهم أحد إلا وداه " (صحيح البخارى وفتح البارى كتاب المغازى باب (٥٨) ، ٦٥٣/٧ وما بعدها (٤٣٣٩) ، كتاب الأحكام باب(٣٥) ، ١٩٣/١٣ (٧١٨٩) . والقصة بكاملها رواها ابن هشام فى سيرته ٢٧/٤ ، وما بعدها – المكتبة التوفيقية بالقاهرة) ومعنى "صبأ " : خرج من دين إلى دين ، وهم يعنون أنهم خرجوا من الكفر ، ودخلوا فى دين الإسلام . أما "الميلغة" أو "الميلغ" ، فهى مسقاة تصنع من خشب ، ليلغ فيها الكلب ، والجمع "ميالغ" و "موالغ" . وهذا يكون عند أهل البادية ومن عندهم غنم . (فتح البارى ٦٥٤/٧ ، المعجم الوجيز ص ٦٨١ ، سيرة ابن هشام ٢٩/٤ هامش (٥)).

قال الإمام السرخسى[1] بعد إيراده لهذه القصة : "فهذا تنصيص على جواز الإبراء عن الحقوق المجهولة بعوض"[2].

وأما الإجماع : فإن المسلمين جميعاً يستحلون معاملاتهم فى آخر أعمارهم فى سائر الأعصار والأمصار ، من غير إنكار من أحد ، فكان هذا إجماعاً على جواز الإبراء من المجهول[3].

وأما المعقول فمن أربعة وجوه :

أحدها : أن الإبـراء إسقاط حق ، فصح فى المجهول كالعتق ، لأن الجهالة لا تمنع صحة الإسقاطات[4].

ثانيها : أن ما لا يفتقر إلى التسليم يصح مع الجهالة ، وما يفتقر إلى التسليم لا يصح مع الجهالة ، كالبيع ، فلما كان الإبراء لا يفتقر إلى التسليم ، صح فى المجهول[5].

ثالثها : أن الحاجة داعية إلى تبرئة الذمة ، ولا سبيل إلى العلم بما فيها ، وذلك يقتضى صحة الإبراء من المجهول ، إذ لو توقفت صحة الإبراء على معلومية المبرأ منه ، لكـان فى ذلك سد لباب التعافى بين المسلمين وتبرئة ذممهم ، وتلك مفسدة تشبه مفسدة المنع من العتق إلا بشرط العلم بالمعتق ، فوجب سد بابها ، وذلك يكون بتصحيح الإبراء من المجهول[6].

رابعها : اسـتدل به الشافعية على جواز الإبراء من إبل الدية المجهولة الصفة ، وكـذا الأرش والحكومة ، بأنه لما اغتفرت جهالتها فى ذمة الجانى ، اغتفرت فى الإبراء منها تبعاً لذلك[7].

---

(١) هو الإمام محمد بن أحمد بن أبى سهل ، أبو بكر ، شمس الأئمة السرخسى . قاض ، من كبار الأحناف ، مجتهد من أهل سرخـس (فى خراسـان) ، له مؤلفـات كثيرة منها : "المبسوط" وهو أشهر كتبه ، أملاه وهو سجين بالجب فى أوز جند (بفـرغانة) ، و "شرح الجامع الكبير للإمام محمد" و "شرح السير الكبير للإمام محمد " و "النكت" و "الأصول" وغيرها . وكـان سبب سجنه كلمة نصح بها الخاقان ، ولما أطلق سكن فرغانة إلى أن توفى رحمه الله – سنة ٤٨٣هـ . (الأعلام ٥/ ٣١٥ ، كشف الظنون ٢/ ١٥٨٠ ، معجم المؤلفين ٨/٢٣٩).

(٢) المبسوط للسرخسى ١٤٣/٢٠ ، نتائج الأفكار لقاضى زادة ٣٩٨/٦ .

(٣) البدائع ٢٥٧/٥ ، نتائج الأفكار ٣٩٨/٦ .

(٤) المرجعان والموضعان السابقان ، الحاوى ٢٧٢/٥ .

(٥) الحاوى الكبير ٢٧٢/٥ .

(٦) المغنى والشرح الكبير ٢٨١/٦ ، ٢٩١ ، ٢٩٢ .

(٧) مغنى المحتاج ٢٧٥/٢ ، شرح المحلى ٣٢٧/٢ ، فتح الوهاب ٦١٩/٢ .

أدلة المذهب الثانى :

استـــدل أصـــحاب المذهب الثانى على جواز الإبراء من المجهول ، بنفس ما اســـتدل بـــه أصحاب المذهب الأول . **أمـا استثناؤهم ما يمكن العلم به** ، وقولهم بعدم جواز الإبراء منه مجهولاً ، فقد استدلوا عليه بأن الإبراء من المجهول الذى يمكن العلم به يـــنطوى علـــى غرر ، وهذا الغرر يمكن الاحتراز منه ، فوجب عدم جوازه[1] ، لأن كل جهالة يمكن الاحتراز منها لم يعف عنها ، كالجهالة بتوابع المبيع ، كالأساس ، وأطراف الأجـــذاع ، وطمـــى البئر ، فلما أمكن الاحتراز من الجهالة فى الإبراء ، وجب أن تكون الجهالة مانعة من صحة الإبراء[2] .

يمكن مناقشة استدلالهم على التفريق بين ما يمكن العلم به وما لا يمكن العلم به والقول بإبطال الإبراء من المجهول فى الحالة الأولى ، وعدم إبطاله فى الحالة الثانية ، بأن الغرر الذى ادعوه فى الحالة الأولى لا تأثير له فى صحة العقد ونفاذه ؛ لأنه من عقود الـــبر والاحسان التى يغتفر فيها الغرر ، حيث لا يفضى الى منازعة . يقول ابن تيمية الحنبلى – رحمه الله – " إن الغرر هو جهل العاقبة ، فكل عقد جُهلت عاقبته ، فيه غرر ، والتصرفات بالنظر الى الغرر ثلاثة أنواع :**أحدها** : ما هو إحسان صرف ، لا يقصد به تنمـــية المال ، كالصدقة والهبة والإبراء والضمان. **وثانـيها** : ما هو معاوضة يقصد بها تنمية المال كالبيع والإجارة . **والثالث** : ما كان وضعه بين النوعين السابقين فلم يتمحص للمعاوضـــة ولا للإحسان : كالنكاح ، إذ المال غير مقصود به وانما المقصود منه المودة والألفـــة والولـــد ، وليس المال فيه تبرعا محضاً وليس للغرر فى النوع الأول تأثير فى صـــحته ونفـــاذه ، إذ قد اقتضت حكمة الشارع وحثه على البر والإحسان فيه بكل طريق دون أن يمنع من نفاذه غرر ؛ إذ إن ذلك أيسر لوقوعه ، ولهذا صحت الوصية مع الجهالة والغـــرر ، كالوصية بسهم من المال ، وصح الإبراء مع جهالة المبرئ مقدار الدين الذى أسقطه ... [3]

---

(١) المغنى ٦/٢٩٢ .

(٢) الحاوى الكبيره / ٢٧٣

(٣) مجموعـــة الفـــتاوى لابن تيمية ٢٩/ ٢٥ – مطبعة العاصمة – القاهرة – ونحو هذا فى المغنى ٤ / ٦٦ وما بعدها ، ص ٢٢٩ – مكتبة الرياض الحديثة .

دليل المذهب الثالث :

استـــدل أصــــحاب المذهب الثالث على بطلان الإبراء من المجهول بالمعقول من وجهين :

أحدهما : أن الإبـــراء كالهبة ، غير أنه يختص بما فى الذمة ، والهبة تختص بالأعيان القائمة ، فلما لم تصح هبة المجهول ، لم يصح الإبراء من المجهول(١).

والثانى : أن فى الإبراء معنى التمليك ، بدليل أنه يرتد بالرد ، وهذا آية التمليك ، ، إذ الإســـقاط لا يحتمل ذلك ، وتمليك المجهول لا يصح ، كالبيع ونحوه ؛ لان التمليك متوقف على الرضا ، والرضا لا يعقل مع الجهالة(٢).

ويمكن مناقشة استدلالهم بالوجه الأول : بأنه استدلال غير صحيح ، فقد سبق أن رأيـــنا أن الراجح الذى أيده الدليل الصحيح ، هو جواز هبة المجهول ، فلئن صح هذا القياس ، لكان القول بصحة الإبراء من المجهول هو الأولى ، تبعاً لذلك .

ونوقش استدلالهم بالوجه الثانى : بأنه غير صحيح ؛ لأن الإبراء وإن كان فـــيه معـــنى التمـــليك ، إلا أن الجهالـــة لا تمنع صحة التمليك لعينها ، بل لإفضائها الى المـــنازعة ، بدليل أنها لا تمنع فى موضع لا يفضى إلى المنازعة ، كما إذا باع قفيزاً من الصبرة أو عشرة دراهم من هذه النقرة . وهذا النوع من الجهالة فى مسألتنا هذه لا يفضى إلى المنازعة لأن هذا التصرف إسقاط للحق ، والجهالة لا تمنع الإسقاطات(٣).

المذهب المختار

بعــد هذا العرض لمذاهب الفقهاء فى هذه المسألة ، وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشــات يروق لى اختيار ما ذهب اليه أصحاب المذهب الأول من القول بجواز الإبراء مـــن المجهـــول مطلقـــاً ؛ لقوة أدلتهم وصحتها وسلامتها من المعارضة ، وضعف أدلة المخالفين .

ولأن هناك نصاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤيد هذا المذهب وهو حديث أم سلمة رضى الله تعالى عنها ، وعند ورود النص لا مجال للاجتهاد كما هو معروف فى

---

(١) الحاوى الكبير ٥/٢٧٢ ، ٢٧٣ .

(٢) الهدايـــة والعناية وتكملة الفتح ٨ / ٣٩٧ ، البدائع ٥ / ٢٥٧ ، تبيين الحقائق ٤ / ٤٣ ، مغنى المحتاج ٢ / ٢٧٥ ، شرح المحلى ٢ / ٣٢٦ .

(٣) البدائع ٥ / ٢٥٧ ، تكملة الفتح والعناية ٦ / ٣٩٨ ، تبيين الحقائق ٤ / ٤٣ .

علم الأصول . كما أم هناك إجماعاً فعلياً من جميع المسلمين يتأيد به أيضا هذا المذهب ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : " **إن الله لا يجمع هذه الأمة على ضلالة أبداً ، وإن يد الله مع الجماعة ، فاتبعوا السواد الأعظم ، فان من شذ شذ فى النار** "[١]

ولأن الإبراء فى حقيقته هبة . قال فى المنهاج : " وهبة الدين للمدين إبراء "[٢] وقد ثبت بالدليل أن هبة المجهول مشروعة[٣] ، فوجب القول بمشروعية الإبراء من المجهول أيضاً تبعاً لذلك .

والله تعالى أعلم

******

---

(١) رواه الحاكم فى المستدرك ، كتاب العلم باب لا يجمع الله هذه الأمة على الضلالة أبداً ١ / ١١٥ من حديث ابن عمر رضى الله عنه واللفظ له وفى إسناده خالد بن يزيد القرنى . قال الحاكم " خالد بن يزيد القرنى هذا شيخ قديم للبغداديين ، ولو حفظ هذا الحديث لحكمت له بالصحة ، ووافقه الذهبى فى التلخيص ١ / ١١٥ وذكره العجلونى فى كشف الخفا ٢ / [illegible] ٢٩٩٩) وعزاه إلى أحمد والطبرانى فى الكبير وابن أبى خيثمة عن أبى نصرة الغفارى ، وإلى الطبرانى وابن أبى عاصم عن أبى مالك الأشعرى . وإلى أبى نعيم والحاكم عن ابن عمر ، وإلى غيرهم بروايات متقاربة وقال :" وبالجملة فالحديث مشهور المتن ، وله أسانيد كثيرة ، وشواهد عديدة فى المرفوع وغيره " .

(٢) المنهاج مع مغنى المحتاج ٢ / ٥٤١ .

(٣) راجع صـ ٢٧٣ ومابعدها .

المطلب الثانى
مشروعية دعوى الإبراء من المجهول
فى الفقه الإسلامى

إذا ثبـت أن الإبـراء مـن المجهول مشروع ، فان هذا يقتضى أن تكون دعوى الإبـراء مـن المجهول مشروعة ومقبولة ابتداء وجواباً ، فتكون مشروعة ابتداء بطريق الطلب ، بأن يطلب المدعى من القضاء الحكم له بصحة ونفاذ الإبراء الصادر له من دائنه ، حـتى لا يـرفع علـيه دعـوى يطالبه فيها بالدين المبرأ منه بعد ذلك . وتكون أيضا مشـروعة فى الجواب عن الدعوى بطريق الدفع ، فيصح للمبرأ منه رفع دعوى المبرئ ضده بسبق إبرائه من الدين . وقد نص على صحة هذه الدعوى كثير من الفقهاء[1].

وانما اقتضت مشروعية الإبراء من المجهول مشروعية الدعوى به مجهولاً . لأنه لـو لـم تشرع الدعوى به مجهولاً لما كان لمشروعيته فائدة ، إذ كيف يشرع الإبراء من المجهول دون أن تشرع له دعوى تحميه وتصونه ؟

إن دعـوى الإبـراء من المجهول هى وسيلة إجبار المبرئ على تنفيذ ما الزم به نفسه بمحض إرادته واختياره ، إذ قد تسول له نفسه بعد صدور هذا الإبراء منه ، بأن يطالب مدينه بما عليه من حق ، وهذا بلا شك يتنافى مع كمال الايمان ومع ما للكلمة من أثر فى تصرفات المسلم . وقد ظهر لنا ذلك جليا أثناء الكلام عن هبة المجهول .

ؠؠؠؠؠؠ

(١) البناية للامام العينى ٨ / ٣٩٠ ، درر الحكام ١٤/ ١٦١ ، الأصول القضائية ص ٨ ، شرح المجلة لسليم رستم باز ٢ / ٩١١ ، ٩١٢ وفـيه : " وتصح دعوى الإبراء بالمجهول ، بلا خلاف " ولعله يقصد بقوله " بلا خلاف ، أى عند الحنفية ، لانهـا لا تصح عند أصحاب المذاهب الأخرى إلا على القول بمشروعية الإبراء من المجهول . قال الامام النووى : " وتصح دعوى الإبراء عن المجهول إن صححنا الإبراء عن المجهول " (روضة الطالبين ٩/١٢) وانظر أيضاً مغنى المحتاج ٤ / ٥٩٠ ، حاشية الشروانى على التحفة ١٠/ ٢٩٦) .

المطلب الثالث
موقف القانون المدني من الإبراء من المجهول والمدعوى به

نكرنا أن الإبراء في الفقه القانون هو تصرف قانون انفرادى ، يعبر عنه بتعبير واجب الاتصال ، ويقع بقصد القضاء على الالتزام على سبيل التبرع[١] أو هو ترك الدائن حقه دون مقابل[٢].

ويؤخذ من هذا التعريف ، أن الإبراء تصرف قانوني ، لأنه تعبير عن الإرادة ، يقصد من ورائه إحداث أثر قانوني ، هو انقضاء الالتزام[٣] .

وهذا التصرف القانوني انفرادى ، يصدر بإرادة واحدة هي إرادة الدائن[٤]

وقد عبرت عن ذلك المادة ٣٧١ من القانون المدني ، حيث قالت : " ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً .

كما أنه يقع بقصد القضاء على الالتزام على سبيل التبرع ، فهو إذن من التصرفات التبرعية.[٥]

وعليه فانه يشترط لصحته ما يشترط لصحة التصرفات القانونية الانفرادية التبرعية ، وعلى ذلك نصت المادة ٣٧٢ / ١ مدني ، حيث قالت : " يسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع"[٦]

---

(١) د . أحمد سلامة – أحكام الالتزام ص ٢٩٣ ف ٢٧١ .

(٢) أستاذنا الدكتور . رأفت حماد – أحكام الالتزام ص ٢٨٧ ف ٢٢٩ .

(٣) أستاذنا الدكتور . رأفت حماد – أحكام الالتزام ص ٢٨٧ ف ٢٢٩ .

(٤) د . أحمد سلامة – أحكام الالتزام ص ٢٩٣ ف ٢٧١ د . عبد الودود يحيى– أحكام الالتزام ص ٣٦٥ ف ٢٠١ ط دار النهضة العربية – القاهرة سنة ١٩٨٧ .

(٥) د. أحمد سلامة – أحكام الالتزام ص ٢٩٥ ف ٢٧١ ، أستاذنا الدكتور رأفت حماد – أحكام الالتزام ص ٢٨٩ ف ٢٣٢ .

(٦) إلا أن الرسمية المشترطة في التصرفات التبرعية غير مشترطة هنا ، فقد نصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه : " ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان " ومثال الإبراء من الالتزام الذي يشترط لقيامه توافر الشكلية : أن يبرئ الموهوب له وهو دائن بمقتضى الهبة ، والواهب ، وهو المدين ، من التزامه الناشئ عن عقد الهبة . فرغم أن الرسمية ركن في الهبة ، لا يشترط شكل خاص في الإبراء الصادر من الموهوب له . (أستاذنا الدكتور . رأفت حماد – أحكام الالتزام ص ٢٨٩ ف ، ٢٣٢) وإنما استبعدت الرسمية في الإ، لأنها تلزم لانعقاد الهبات المباشرة أما الإبراء فهو هبة غير مباشرة . (د. عبد الودود يحيى – أحكام الالتزام ص ٢٠١ ، د . أحمد سلامة – أحكام الالتزام ص ٢٩٦ ف ٢٧١)

ومــن هــذه الشروط ضرورة كون الدين المبرأ منه معيناً أو قابلا للتعين ، طبقاً للقواعد العامة التى تسرى على محل الالتزام بوجه عام ، والمستفادة من نص المادة ١٣٣ مدنى[١]

وبهذا يعلم أن الإبراء من المجهول جهالة فاحشة غير قابلة للتعيين لا يجوز قانوناً وطبيعى أن يحول هذا دون تصور قيام دعوى الإبراء من المجهول فى القانون المدنى.

******

=كمـــا وأن الهبات تؤدى الى نقل حق من ذمة الواهب الى ذمة الموهوب له ، أما الإبراء فليس كذلك ، إذ هو يقضى على حق للدائن (د . أحمد سلامة – أحكام الالتزام ص ٢٩٦ ، ف ٢٧١)

(١) ونصها " ١– إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلاً . ٢– ويكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعين مقداره . "

المطلب الرابع
مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في الإبراء من المجهول والدعوى به

بالـــنظر فيما سبق من أحكام بشأن الإبراء من المجهول والدعوى به في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني ، نجد أن الإبراء من المجهول مشروع في الفقة الإسلامي وكذلـــك الدعـــوى به مشروعة أيضا وفقاً للمذهب الراجح ، الذي عليه الحنفية والمالكية والشافعي في القديم[١] .

أما في القانون المدني ، فان الأمر مختلف ، حيث إن الإبراء من المجهول جهالة فاحشة غير قابلة للتعيين غير مشروع ، وكذا الدعوى به غير مشروعة أيضا تبعاً لذلك .

والقانون المدني إذ قرر ذلك يكون قد اتفق مع ما ذهب اليه الشافعي في الجديد ، والحنابلة إذا كان العلم بالحق المبرأ منه ممكناً[٢].

إلا أنـــه قـــد ظهـــر لنا بالدليل الصحيح أن هذا مذهب مرجوح ومخالف للسنة واجمـــاع الأمـــة. فكان الأولى بالمقنن أن يجعل للإبراء ولغيره من التصرفات التبرعية أحكاماً خاصة ، فيسمح بإبرامها مع جهالة المحل ، ليفتح بذلك باباً واسعاً للبر والإحسان الـــذي لا يخفـــى أثره الايجابي على تماسك المجتمع وتقوية أواصر العلاقة بين أفراده ، خاصـــة وأنـــه قد وضح لنا أن الجهالة في عقود التبرعات مسموح بها شرعاً ، حيث لا تفضي الى حدوث نزاع بين المتعاقدين .

كمـــا أن فـــي السماح بالإبراء من المجهول على وجه الخصوص والدعوى به اتســـاقاً وتأسياً بما سار عليه القانون في تكييف الإبراء من كونه تصرفاً قانونياً انفرادياً ، يـــتم بمجـــرد صـــدور الإيجاب من الدائن ووصول هذا الايجاب الى علم المدين دون أن يتوقف على قبوله ، إلا أنه يرتد برده ، أي باعتراضه على قبوله كما هو منصوص المادة ٣٧١ مدني[٣]

---

(١) راجع صـــ ٣٧٣ .

(٢) راجع صـــ ٣٧٣ .

(٣) حيث تقول : " ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ، ويتم الإبراء متى وصل الى علم المدين ، ويرتد برده " د. أحمد سلامة أحكام الالتزام ص ٢٩٤ ف ٢٧١ أستاذنا الدكتور رأفت حماد – أحكام الالتزام ص ٢٨٧ ، ٢٨٨ ف ٢٢٩ ، ٢٣١ ، د. عبد الودود يحيى – أحكام الالتزام ص ٣٦٦ ف ٢٠١ .

وأيضـا فـان فـي ذلـك اتساقاً وتمشياً مع ما أشارت اليه المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى من أن ذلك مستمد من الشريعة الإسلامية بقولها . " يتم الإبـراء فـي أحكـام المشروع بإرادة منفردة ، وفقا لما تقضى به الشريعة الاسلامية ، ويستكمل حكمه متى وصل الى علم المدين ولم يعترض عليه"[١]

******

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ / ٢٩٤ .

الباب الثالث

أحكام الدعوى بالمجهول
في مجال نظـــام الأســـرة
في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية

تمهيد

يقصد بالأسرة في عرف اللغة معان متعددة منها :

١- **عشيرة الرجل ورهطه الأدنوْن** . وسميت بهذا الاسم لما فيها من معنى القوة ، حيث يتقوى بهم الرجل .

٢- **الدرع الحصينة** ، وفيها معنى القوة أيضاً لأن مادة أسر تعطى معنى القوة والشدة فالأسر هو شدة الخلق كما قال تعالى: ﴿ **نحن خلقناهم وشددنا أسره** ﴾ [1].

وأســر الجندى عدوة أى شدة بالإسار والإسار هو ما يقيد به الأسير ولذلك سمى المأخوذ أسيراً لأنه يشد بالقيد .

٣- **الجماعة** يربطها أمر مشترك كأسرة المعلمين واسرة النقابيين وأسرة الأبناء وغيرهم.[2].

أما في عرف الشرع فيقصد بها : الجماعـة التى ارتبط ركناها بالزواج الشرعى والتزمت بالحقوق والواجبات بين طرفيها وما نتج عنهمامن ذرية وما اتصل بهما من أقارب[3]. **وفى القانون المدنى** تقرر المادة ٣٤ منه أن أسرة الشخص تتكون من ذوى قرباه . ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك .

ونظـام الأسـرة يمكن تعريفه بأنه : الأحكام المتعلقة بالأسرة من حيث كيفية تكوينها ومنهج سيرها وطرق انتهائها والآثار المترتبة على ذلك .

فهو النظام الذى يعنى بالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهم المتبادلة والمهر ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق ، والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة بين الأقارب والأصهار

---

(١) من الآية ٢٨ من سورة الإنسان .

(٢) راجع هذه المعانى فى لسان العرب مادة أسر ٢١٩/٤ ، القاموس المحيط ٣٧٧/١ ، المعجم الوسيط ١٧/١ ، المعجم الوجيز ص ١٦ ، المصباح المنير ١٤/١ .

(٣) موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام لفضيلة الشيخ عطية صقر ٣٣/١ ط ٣-الدار المصرية للكتاب سنة ١٤١١هـ - ١٩٩١.

وتصــحيح النســب والتبنى والولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً وما إلى ذلك[١].

وللدعـوى بـالمجهول فــى مجــال نظــام الأسرة تطبيقات كثيرة ، منها ما هو متعلق بــالحقوق الماليــة المترتــبة على الزواج ، كالصداق والنفقة ومنها ما هو متعلق بحقوق الأرقــاب بعضهم على بعض ، كحق النسب والنفقة . ومنها كذلك ما هو متعلق بالطلاق والآثار المالية المترتبة عليه ، كالطلاق المبهم ، والمتعة . ومنها ما هو متعلق بالميراث ، كميراث الحمل والخنثى المشكل .

وبيان ذلك : أن عقد النكاح قد يتم بدون تسمية صداق ، وهو ما يعرف بنكاح التفويض ، وهو جائز بإجماع الفقهاء . كما أنه قد يتم بصداق فاسد إما لحرمته وإما لجهالته . وفى كل هذه الحالات لا يمكن للزوجة أن تطالب بصداقها عن طريق القضاء إلا مجهولاً .

كذلــك فــان مقدار النفقة على وجه التحديد غير معروف للزوجة ، ولذلك فحين يمتنع الزوج عن الانفاق عليها ، فإنه لا يمكنها أن تطالب بها عن طريق القضاء إلا مجهولة ، خاصة وأنها من الدعاوى التى يتوقف المطلوب فيها على تقدير القاضى .

وكذلــك فإنه قد يوجد إنسان غير معروف النسب مع أنه فى الحقيقة له نسب شرعى ، لكــن حال بين الناس وبين علمهم به ظرف ما أو مانع ما . فاذا ما طالب أحد من أقاربه بثــبوت نســبه منهم ، أو طالبَ هو بثبوت نسبه هذا ، فان هذه الدعوى مقبولة رغم أنها دعــوى بنســب مجهول . وأيضا فإن من حق القريب على قريبه النفقة ، ومقدارها كما عرفنا مجهول لمستحقها ، ولذلك فالدعوى بها تصح من غير بيان مقدارها .

كما أن الطلاق قد يقع على زوجة مجهولة ، كما لو كان للرجل أكثر من زوجة ، فقال لهــن : إحداكن طالق ، دون أن يعين إحداهن بلفظه أو بنيته ، وهذا الطلاق واقع عندما عامــة الفقهــاء رغم جهالة المرأة المطلقة ، وهذا يستلزم بالضرورة أن ترفع الدعوى به مجهولاً ، وهى ما تسمى عند الفقهاء بدعوى الطلاق المبهم . وأيضا فان المتعة وهى حق مالى يترتب للمطلقة على الطلاق مجهولة المقدار بالنسبة للمطلقة ، ولذلك فلا يلزمها عند مطالبتها بها عن طريق القضاء أن تبين مقدارها ، خاصة وأنها من الدعاوى التى يتوقف المطلــوب فــيها علــى تقدير القاضى . كما أن حق كل من الحمل والخنثى المشكل فى

---

(١) م١٣ من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء – موسوعة الأحوال الشخصية للمستشار معوض عبد التواب ص ١١ ، الأحوال الشخصية لغير المسلمين د. جميل الشرقاوى ص ٧ وما بعدها .

المـيراث مجهــول ، لعدم العلم بعدده أو بكنهه ، ولذا فإن دعوى كل منهمابالميراث تقع بدون ذكر نصيبه فى التركة .

وعلى ذلك ، فحديثنا فى هذا الباب – إن شاء الله تعالى – سيكون موزعاً على فصول أربعة : نبين فى **أولها** أحكام الدعوى بالمجهول فى مجال الحقوق المالية للزوجة . **وفى ثانيها** نبين أحكام الدعوى بالمجهول فى مجال حقوق الأقارب . **وفى ثالثها** نبين أحكام الدعوى بالمجهول فى مجال الطلاق وآثاره . **وفى رابعها** نبين أحكام الدعوى بالمجهول فى مجال الميراث . وذلك كله فى الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية .

إلا أنه يجب التنبيه على أنه وحتى الآن لم يصدر فى مصر قانون للأحوال الشخصية شامل لكل المسائل المتعلقة بنظام الأسرة من زواج وطلاق وحقوق الأولاد ، وإنما وردت نصـــوص على بعض هذه المسائل فى عدة قوانين متتابعة ، مستمدة من المذاهب الفقهية الإســلامية[1] ووردت قاعدة عامة تقضى بوجوب تطبيق أرجح الأقوال فى مذهب الإمام

---

(١) فقد صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى ثلاث عشرة مادة ، أخذت أحكامها كلها من مذهب الإمام مالك . وهى تتعلق بالتطليق لعدم الإنفاق أو للعيب ، وبالمفقود والعدة . وقد عُدلت منه ثلاث مواد (٣ ، ٧ ، ١٢) بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م . ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٥٦لسنة ١٩٢٣ فى مادتين ، يمنع من سماع دعوى الزوجية إذا كانت سن الـزوجة تقل عن ست عشرة سنة وسن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة وقت العقد ، ويمنع موثقى العقود من أن يباشروا عقــداً لم يــبلغ الزوجان فيه هذه السن . (وقد أدخل على ذلك تعديلبالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، فجعل بلوغ هذه الســن مشروط وقت التقاضى لا وقت التعاقد) . ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض التعديلات فى أحكــام الطــلاق والتطليق للضرر والغيبة وحبس الزوج ، ودعوى النسب ، وبعض أحكام النفقة والعدة وسن الحضانة ، والمفقــود ، وهــو مكون من خمس وعشرين مادة . وأحكامه مأخوذة من المذاهب الأربعة ، عدا الطلاق المقترن بالعدد ، والطــلاق المعلــق ، فإنــه أخذ فيهما برأى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم . ثم تبع ذلك أن ألفت لجنة لوضع مشروع قانون للأحوال الشخصية كلها فى سنة ١٩٣٦ ، فأخرجت اللجنة مشروعات ثلاثة :

أولها : صدر به القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ فى أحكام المواريث .

وثانيها : صدر به القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم بعض أحكام الأوقاف .

وثالثها : صدر به القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن تنظيم أحكام الوصية كلها .

وقــد عدلــت فى هذه القوانين عن مذهب الحنفية الى المذاهب الآخرى من سنية وشيعة فى بعض المسائل ، وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بحل الأوقاف على غير جهات البر وتنظيم إنشاء الوقف الخيرى والولاية عليه ثم تبع هــذا عدة محاولات لتقنين أحكام الأسرة من زواج وطلاق وحقوق الأولاد ، فوضع مشروعه أكثر من مرة ، كان آخرها المشروع الشامل للأحوال الشخصية للمسلمين وغيرهم ، والذى ثار حوله نزاع متشعب ولم يتقرر مصيره إلى الآن . وكل ما صدر هو تعديل لبعض النصوص القائمة ، أو إضافات بسيطة عليها . فقد صدر القانون رقم ٦٢ لسنة ٧٦ بشأن تعديل بعض أحكام النفقات فى إحدى عشرة مادة ، وصدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية .وقد صدر أخيراً القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تعديل بعض أوضاع وإجراءات التقاضىفىمسائل الأحوال=

أبـــى حنـــيفة فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى مسائل الأحوال الشخصية على المسلمين وغـــير المسلمين إذا اختلفت مللهم وطوائفهم ، أو اتحدت ولم تكن لهم محاكم ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥م .

وقـــد ورد الـــنص على هذه القاعدة فى المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشـــتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية[1] والمادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية[2] ، الملغيان بالمادة الرابعة من ديـــباجة القـــانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ، والذى نصت المادة الثالثة من ديباجته أيضا على نفس الحكم [3].

وبـناء عليه ، فإننا سنعرض ماتتناوله من مسائل فى هذا الباب فى الفقه الاسلامى أولاً ، ونبين آراء الفقهاء فيها مقرونه بأدلتها والمناقشات التى وجهت أو يمكن توجيهها اليها ، لنخرج بعد ذلك بالرأى الراجح منها ، الذى يؤيده الدليل الصحيح وتتحقق معه المصلحة . ثـــم بعـــد ذلك نبين موقف قانون الأحوال الشخصية من هذه الآراء – إن كان قد ورد فيه نـــص علـــى المسألة محل البحث – وإلا أشرنا إلى أن المعمول به – انطلاقاً من القاعدة

=الشخصية ، وكان من أبرز ما أضافه هذا القانون هو تقريره للخلع وجعله حقاً للزوجة إذا قررت صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها ، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما ، وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض (م. ٢٠) – راجع : أحكـــام الأسرة فى الإسلام أ. محمد مصطفى شلبى ص٢٠ وما بعدها ط ٢ دار النهضة العربية – بيروت – سنة ١٣٩٧ هـــ – ١٩٧٧م ، الأحوال الشخصية للإمام أبى زهرة ص ١٢ وما بعدها ط ٣ دار الفكر العربى – القاهرة – الأحوال الشخصـــية للمسلمين طبقاً لأحداث التعديلات ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ص١ وما بعدها ط ٧ سنة ١٩٩٩، الجريدة الرسمية – العدد ٤ مكرر،صادر فى ٢٢ شوال ١٤٢٠هـ– ٢٠٠٠/١/٢٩ السنة ٤٣ .

(١) ونصـــها : تصدر الأحكام طبقاً للمدون فى هذه اللائحة ، ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة ، فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد .

(٢) ونصـــها : تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشـــرعية ، طـــبقاً لـــا هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من ترتيب المحاكم المذكورة . " أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصـــية للمصريين غير المسلمين والمتّحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية مليّة منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام – طبقاً لشريعتهم "

(٣)حيث قالت : " تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلـــك القوانـــين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة . " ومع ذلك تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصـــية بين المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ – طبقاً لشريعتهم – فيما لا يخالف النظام العام " الجريدة الرسمية العدد ٤ مكرر السنة ٤٣ ص ٣

العامة السابقة . هو المذهب الحنفى أو أرجح الأقوال فيه – إن تعددت – ثم نقوم بتلخيص آرائه فى فروع المسألة .

وطبيعى ألا يكون هناك داع للمقارنة فى هذا الباب بين الجانبين الشرعى والقانونى ، إذ الجانب القانونى مستقى من بعض مذاهب الجانب الشرعى . وكل ما هنالك أننى سأشير الى ما كان من الأولى أن يأخذ به المقنن من هذه الآراء ، إذا تعارض ما أخذ به مع الراجح منها .

⚘⚘⚘⚘⚘⚘

الفصل الأول
أحكام الدعوى بالمجهول
في مجال الحقوق المالية للزوجة
في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية

تمهيد :

يترتب على عقد النكاح حقان ماليان أساسيان للزوجة على زوجها :

أحدهما : الصداق . والثاني : النفقة

والصداق في عرف الفقهاء : هو ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً كرضاع ورجوع شهود .[1] أو بعبارة أخرى : هو العوض في النكاح ، سواء سُمي في العقد أو عُرض بعده بتراضيهما أو الحاكم ونحوه ، أي نحو النكاح كوطء الشبهة والزنا بأمة أو مكرهة[2]

أما النفقة فتعني عند الفقهاء : الادرار على الشئ بما به بقاؤه[3] أو بعبارة أخرى : كفاية من يمونه خبزاً وأدماً ، وكسوة ، ومسكناً وتوابعها[4].

والدعوى بالمجهول تتصور في مجال هذين الحقين ، حيث إن عقد النكاح قد يتم بدون تسمية صداق وهو ما يعرف بنكاح التفويض ، وقد يتم بصداق فاسد إما لحرمته وإما لجهالته ، وفي هذه الحالات حين تطالب الزوجة بصداقها ، فلا يمكنها أن تطالب به إلا مجهولاً . وكذلك فانها حين تطالب بنفقتها عن طريق القضاء ، لا يلزمها بيان مقدار ما تطالب به ، لأنها من الدعاوى التي يتوقف المطلوب فيها على تقدير القاضي . وفي مبحثين متوالين أبين أحكام الدعوى بالمجهول في مجالي الصداق والنفقة على النحو التالي

******

---

(١) مغني المحتاج ٣ / ٢٨١ .

(٢) كشاف القناع ٥/ ١٢٨ .

(٣) العناية وفتح القدير ٥ / ٣٧٨ ، حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٢٢ .

(٤) الروض المربع ص ٤١٤ .

المبحث الأول
أحكام الدعوى بالمجهول
في مجال الصداق في الفقه الإسلامي
وقانـــون الأحوال الشخصية

أبيـــن فـــى هذا المبحث : نكاح التفويض ودعوى طلب الفرض فيه والحكم فيها والـــنكاح بصـــداق مجهول ودعوى طلب المهر فيه والحكم فيها . والأحكام العامة لمهر المثل ، حيث إنه هو الذى يجب الحكم به فى كثير من الدعاوى المتعلقة بهذا المبحث كما سنرى إن شاء الله تعالى ، وذلك فى ثلاثة مطالب على النحو التالى :

******

المطلب الأول

نكاح التفويض ودعوى طلب الفرض فيه والحكم فيها

المقصود بنكاح التفويض :

التفويض في اللغة : التسليم ، يقال : فوضت أمرى الى فلان ، أى سلمت أمرى اليه ووكلته الى تدبيره . ومنه قوله تعالى: ﴿ **وأفوض أمرى إلى الله** ﴾[(١)] أى أستسلم إليه[(٢)]ومن معانيه أيضاً :الإهمال، كأن الزوجة أهملت أمر المهر حيث لم تسمه[(٣)].

ونكاح التفويض : هو النكاح الذى عقد دون تسمية مهر ولا اسقاطه ولا صرفه لحكم أحد [(٤)] فالتفويض هو إخلاء النكاح من المهر[(٥)] والمزوجة فى هذا النكاح تسمى مفوِّضة – بكسر الواو وفتحها – فمن كسرها أضاف الفعل اليها على أنها فاعلة . وهذا عند من أجاز النكاح بدون ولى . ومن فتحها أضافه الى وليها . وهذا عند من منع النكاح بغير ولى[(٦)]

أقسام التفويض :

والتفويض قسمان : **أحدهما** : تفويض البضع . **والآخر** تفويض المهر

فأما تفويض البضع فهو أن يزوج الأب ابنته البكر ، أو تأذن المرأة لوليها فى تزويجها بغير مهر[(٧)] وهذا النوع هو ما ينصرف اليه لفظ التفويض عند إطلاقه[(٨)]

وأما تفويض المهر فهو أن يجعل الصداق الى رأى أحدهما أو رأى أجنبى ونحوه كأن يتزوج الرجل المرأة بما شاء أو شاء فلان[(٩)]

---

(١) من الآية ٤٤ من سورة غافر .

(٢) لسان العرب مادة " فوض " ٢١٠/٧ ، الحاوى ٤٧٢/٩ ، القاموس المحيط ٣٥٣/٢ .

(٣) المغنى ٤٧/٨ ، منار السبيل ١٣٣/٢ .

(٤) مواهب الجليل ١٩٧/٥ . ومعنى قوله : " ولا صرفه لحكم أحد " أى أن المتعاقدين لم يحكّما أحدا فى تقديره .

(٥) مغنى المحتاج ٣/ ٢٩٢ ، تحفة المحتاج ٧/ ٣٩٣ .

(٦) الحاوى الكبير ٩ / ٤٧٢، المغنى ٨/ ٤٧ ، الشرح الكبير معه ٨/ ٨٣ .

(٧) الشــرح الكبير مع المغنى ٨/ ٨٢ ، الحاوى ٩/ ٤٧٢ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ٧/ ٣٩٣ ، حاشية البجيرمى على فتح الوهاب ٤٩٧/٣ ، شرح المحلى على المنهاج ٣ / ٢٨٢ ، الكافى ٣ / ١٠٤ .

(٨) تحفة المحتاج ٧/ ٣٩٣ ، المغنى ٨/ ٤٨ .

(٩) تحفة المحتاج ٧/ ٣٩٣ ، المبدع ٧/ ١٦٧ ، الروض المربع ص ١٥٩ ، كشاف القناع ٥/ ١٥٦ .

مشروعية نكاح التفويض :

ونكاح التفويض بقسميه مشروع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول ، وإن كان الأولى تسمية الصداق في العقد .

أما الكتاب : فقوله تعالى **﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾** (١)

وجه الدلالة من هذه الآية " أن الله تعالى رفع الجناح فيها عمن طلق في نكاح لا تسمية فيه ، والطلاق لا يكون إلا بعد النكاح ، فدل على جواز النكاح بلا تسمية(٢) .

وقوله تعالى : **﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلاً ﴾** (٣).

قال الإمام الكاساني : " والمراد منه – أي من الطلاق في هذه الآية –الطلاق في نكاح لا تسمية فيه ؛ بدليل أنه أوجب المتعة بقوله : **﴿ فمتعوهن ﴾** والمتعة إنما تجب في نكاح لا تسمية فيه ، فدل على جواز النكاح من غير تسمية "(٤).

وأما السنة : فما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات . فقال ابن مسعود : لها مثل صداق نسائها ، لا وكس ولا شطط ، وعليها العدة ، ولها الميراث فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بِرْوَع بنت واشق – امرأة منا – مثل الذي قضيت ففرح بها ابن مسعود(٥).

---

(١) من الآية ٢٣٦ من سورة البقرة

(٢) تفسير الكشاف ١ / ١٤٤ ، البدائع ٢/ ٤٠٧ ، الحاوى ٩ / ٣٩٣ ، ٤٧٣ ، الكافي لابن قدامه ٣ / ١٠٤ ، المبدع ٧/ ١٦٧ ، المغنى ٨/ ٤٧ ، الروض المربع ص ٣٥٨ .

(٣) الاية ٤٩ من سورة الاحزاب

(٤) بدائع الصنائع ٢/ ٤٠٧ ، وانظر تفسير البغوى ٣ / ٥٣٦ .

(٥) رواه أحمد في مسنده ١/ ٤٣ ، ٤٣١ ، ٤٤٧ ، ٤ / ٢٧٩ ، ٢٨٠ ، وأبو دواد في سننه كتاب النكاح باب فيمن تزوج ولم يسم صداقا حتى مات ٢/ ٢٣٧ ، ٢٣٨(٢١١٤ ، ٢١١٥ ، ٢١١٦) ،والترمذى في صحيحه أبواب النكاح ٥/ ٨٤ ، ٨٥ واللفظ له وقال : " حديث حسن صحيح " والنسائي في سننه كتاب النكاح باب إباحة التزوج بغير صداق ٦/ ١٢١ ، وابن ماجه في كتاب النكاح باب الرجل يتزوج ولا يفرض لها فيموت على ذلك ١/ ٦٠٩ (١٨٩١)،وابن حبان في صحيحه كتاب النكاح ٦/ ١٥٩ (٤٠٨٦ . ٤٠٨٧) والحاكم في المستدرك كتاب النكاح باب فيمن يتزوج ولم يفرض صداقا ٢ / ١٨٠ وقال :"هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه " ووافقه الذهبي في التلخيص ٢/ ١٨٠

وجــــه الدلالة من هذا الحديث ظاهر[1] حيث قد أثبت لمن عقد نكاحها دون ذكر مهــر ثــم مـــات زوجها دون أن يدخل بها كل آثار الزواج الصحيح من الصداق وللعدة والميراث ، فدل على مشروعية هذا النكاح .

ومــا روى أيضـــا عن عقبة بن عامر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وســـلم قال لرجل " **أترضــى أن أزوجك فلانة ؟** " قال نعم وقال للمرأة " **أترضين أن أزوجك فلانــاً ؟** " قالـــت نعم . **فــزوج أحدهما صاحبه** ، فدخل بها الرجل ولم يفرض لها صداقاً ، ولــم يعطهـــا شــيئا وكان ممن شهد الحديبية وكان من شهد الحديبية له سهم بخيبر فلما حضـــرته الوفـــاة قال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجنى فلانة ولم أفرض لها صداقا ، ولم أعطها شيئا فإني أشهدكم أنى أعطيتها من صداقها سهمى بخيبر فأخذت سهماً فباعته بمائة ألف[2].

وأمــا الاجماع : فقد أجمعت الأمة على أن نكاح التفويض مشروع ، ولم يخالف فى ذلك أحد[3].

وأمــا المعقــول : فهو أن المقصود من النكاح التواصل بين المتناكحين واستمتاع كل منهما بالآخر ، وإنجاب الذرية الصالحة ، التى تتحقق بها الخلافة فى الأرض . وذلك لا يــتوقف على الصداق ، فالصداق ليس مقصوداً فى عقد النكاح ، فصح العقد من غير ذكره كالنفقة[4] .

=كما رواه البيهقى فى سننه كتاب الصداق باب أحد الزوجين يموت ولم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها ٧/ ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، والدارمــــى فى كتاب النكاح ٢/ ٢٠٧ (٢٢٤٦) وعبد الرزاق فى مصنفة كتاب النكاح باب الذى يتزوج فلا يدخل ولا يفـــرض حتى يموت ٦/ ٢٩٤ (١٠٨٩٨) وابن أبى شيبة فى مصنفه كتاب النكاح باب الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها ولم يفرض لها ٣/ ٣٩٥

(١) المبدع ٧/ ١٦٧ ، كشاف القناع ٥/ ١٥٦ ، منار السبيل ٢ / ١٣٣ ، ١٣٤ ، المغنى والشرح الكبير ٨/ ٤٧ ، ٨٢ ، زاد المعاد لابن القيم ٤/ ٤٥ ، ٤٦ تحقيق محمد عبد القادر عطا ط دار التقوى – القاهرة – سنة ١٤٢٠ هـــ – ٢٠٠٠ م .

(٢) رواه أبو داود فى سننه كتاب النكاح ، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات ٢/ ٢٣٨ (٢١١٧) ، والحاكم فى المســـتدرك ، كـــتاب الــنكاح ، باب خير الصداق أيسره ٢ / ١٨١ ، ١٨٢ وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشـــيخين ولم يخرجاه . ووافقه الذهبى فى التلخيص ٢/ ١٨٢ . وانظر : منار السبيل لابن ضويان ٢/ ١٣٤ ، الكافى لابن قدامه ٢/ ١٣٤ ، زاد المعاد لابن القيم ٤/ ٤٥ ، ٤٦ .

(٣) حكى هذا الاجماع كثير من الفقهاء منهم : الكمال فى الفتح ٣/ ٣١٦ ، والبابرتى فى العناية ٣/ ٣١٦ ، والخرشى فى شـــرحه على المختصر ٣/ ٢٧٣ ، الحطاب والمواق فى المواهب والتاج ٥/ ١٩٧ ، الدردير فى الشرح الكبير ٢/ ٣١٣ ، وابن رشد فى بداية المجتهد ٢/ ٣٢ ، الخطيب الشربينى فى مغنى المحتاج ٣/ ٢٩٢ وغيرهم .

(٤) المغنى والشرح الكبير ٨/ ٤٧ ، ٨٢ ، المبدع ٧/ ١٦٦ ، كشاف القناع ٥/ ١٥٧ .

دعوى المفوضة بطلب الفرض والحكم فيها

إذا ثبت هذا ، فان للمفوضة أن تطالب بفرض المهر لها ، إما بالتراض بينها وبين زوجها ، وإما بحكم القاضى ، حتى لا يخلو النكاح من المهر . وحتى تكون على بصيرة من تسليم نفسها . وهذا مما لا خلاف فيه[١].

فان تراضيا بعد العقد بفرض المهر ، جاز وصار لازما ؛ لأن الحق فيه لهما ، زاد عن مهر المثل أم ساواه أم قل عنه[٢].

وإن لم يفرض لها مهراً أو فرض ولم ترض هى به ، فان لها أن ترفع دعوى تطالب فيها بفرض المهر لها ، دون أن تبين فيها مقدار الصداق الذى تريده وهذه الدعوى مقبولة رغم خلوها من بيان مقدار المدعى به . وقد جاء فى الأشباه والنظائر للسيوطى ضمن الدعاوى التى تصح بالمجهول : " المفوضة إذا حضرت لطلب الفرض من القاضى ، تفريعاً على أنه لا يجب المهر بالعقد "[٣] وانما كانت هذه الدعوى مقبولة ، لأنها من الدعاوى التى يتوقف المطلوب فيها على تقدير القاضى ، وقد قال الامام الغزى : " كل ما كان المطلوب فيه موقوفاً على تقدير القاضى ، فان الدعوى بالمجهول تسمع فيه ، كالمفوضة تطلب الفرض "[٤] ولأن المطلوب فيها منضبط فى الشرع وما على القاضى إلا أن يطبق فيها القواعد المنصوص عليها فى الفقه الإسلامى وقد قال الامام الهيتمى بجواز الدعوى بالمجهول اذا كان منضبطاً فى الشرع[٥].

فإذا ما رفعت هذه الدعوى ، فبماذا يحكم القاضى ؟

لبيان ما يجب أن يحكم به القاضى فى هذه الدعوى ، يجب التفريق بين أربعة فروض:

الفرض الأول : أن ترفع هذه الدعوى قبل الدخول وأثناء قيام الرابطة الزوجية .

الفرض الثانى : أن ترفع قبل الدخول وبعد انتهاء الرابطة الزوجية بالطلاق .

---

(١) قال فى المغنى ٨/ ٥٥ : " إن المفوضة لها المطالبة بفرض المهر ، لأن النكاح لا يخلو من المهر ، فوجب لها المطالبة ببيان قدره ، وبهذا قال الشافعى ولا نعلم فيه مخالفاً " وانظر : الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٢/ ٣١٤ ، ٣١٥ ، حاشية ابن عابدين ٤ / ١٧٧ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٣ / ٤٩٩ ، الحاوى ٩/ ٤٧٣ ، مغنى المحتاج ٢/ ٢٩٣ ، الروضة البهية ٥/ ٣٧٢ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/ ١٧٧ ، حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢/ ٣١٥ ، المبدع ٧/ ١٦٧ ، المغنى ٨/ ٥٥ ، المحلى لابن حزم ٩/ ٨٢ ، اللمعة الدمشقية والروضة البهية ٥/ ٣٤٩ ، شرح كتاب النيل ٦/ ١٤٦ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠١ .

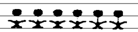
(٤) نقله عنه الإمام السيوطى فى الاشباه والنظائر ص ٥٠١ .

(٥) تحفة المحتاج ١٠/ ٢٩٥ .

الفرض الثالث : أن ترفع قبل الدخول وبعد انتهاء الرابطة الزوجية بالموت .

الفرض الرابع : أن ترفع بعد الدخول .

وفـــيما يلى بيان الحكم فى كل فرض على حدة ، وذلك فى أربعة فروع . وفى فـــرع خـــامس نبيـــن موقف قانون الأحوال الشخصية من نكاح التفويض ودعوى طلب الفرض فيه والحكم فيها . على النحو التالى :



الفـــــرع الأول

الحكم فيما لو رفعت دعوى طلـــب الفرض قبــــل الدخول وأثنــــاء قيـــام الرابــطة الزوجية

إذا رفعـت المفوضة دعوى تطلب فيها بفرض المهر لها قبل الدخول وأثناء قيام الرابطة الزوجية ، وجب على القاضى أن يحكم لها بمهر المثل حالاً من نقد البلد[١] .

وذلك لأن القاضى مكلف بأن يحكم بين الناس بالعدل . والعدل هنا هو مهر المثل ، إذ الزيادة عليه ميل على الزوج ، والنقصان عنه ميل على الزوجة .

ولأنه إنما يفرض بدل البضع ، فيقدر به ، كالسلعة إذا أتلفت فرجعا فى تقويمها إلى أهل الخبرة[٢] .

ويشترط فى القاضى أن يكون عالماً بمهر المثل حتى يمكنه أن يحقق هذه العدالة ، فلا يزيد عليه ولا ينقص عنه إلا بالتفاوت اليسير الذى يتسامح فيه عادة .

فإذا ما توافر هذا الشرط فى القاضى ، وفرض للزوجة مهراً ، فإنه يلزم الزوجة ، ولا يتوقف على رضاها أو على رضا زوجها ، لأنه حكم منه ، وحكم القاضى لا يتوقف على رضاء المحكوم له ولا على رضاء المحكوم عليه[٣] .

---

(١) المهـذب ٢١١/٤ ، نهاية المحتاج ٣٥٠/٩ ، مغنى المحتاج ٢٩٤/٢ ، شرح المحلى ٢٨٣/٣ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ١٧٧/٤ ، المختار مع الاختيار ١٠٢/٣ ، مختصر القدورى مع الهداية ٤٩١/٢ ، التاج والإكليل ١٩٩/٥ ، المغنى والشرح الكبير ٥٦/٨ ، ٨٥ ، الإنصاف ٢٩٧/٨ ، المقنع والمبدع ١٦٨/٧ ، الكافى ١٠٥/٣ ، الروض المربع ص ٣٥٩ ، المحلى لابن حزم ٨٢/٩ ، الروضة البهية ٣٤٩/٥ .

(٢) المغنى والشرح الكبير ٥٦/٨ ، ٨٥ الكافى ١٠٥/٣ ، كشاف القناع ١٥٧/٥ ، المبدع ١٦٨/٧ ، الروض المربع ص ٣٥٩ ، الاختيار ١٠٢/٣ .

(٣) مغنى المحتاج ٢٩٤/٢ ، شرح المحلى ٢٨٣/٣ ، المغنى والشرح الكبير ٥٦/٨ ، ٨٥ ، وكشاف القناع ١٥٧/٥ .

الفـــرع الثـــانى

الحكم فيما لو رفعت دعوى طلب الفرض قبل الدخول وبعد انتهاء الرابطـــة الزوجيـــة بالطلاق أو ما يشبهه

إذا رفعـت المفوضة دعواها بطلب الفرض قبل الدخول ولكن بعد الطلاق . فإنه يفرق بين مفوضة البضع ومفوضة المهر ، لأن لكل منهما حكماً خاصاً بها . وفى غصنين متواليين أبين هذا الحكم :

الغصن الأول : الحكم فيما لو كانت المدعية مفوضة لبضعها

إذا كانت المدعية فى هذه الدعوى مفوضة لبضعها ، فلا يحكم لها بمهر المثل اتفاقاً ، لسقوطه بالعقد[١] . وإنما يحكم لها بالمتعة وجوباً فى قول جمهور الفقهاء . قال فى المغنى : " فـإذا طلقت المفوضة البضع قبل الدخول ، فليس لها إلا المتعة ، نص عليه أحمد فى روايـة الجماعـة[٢] ، وهـو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد والشـعبى والزهرى والنخعى ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق وأبى عبيد ، وأصحاب الرأى[٣] " .

والدليل على ذلك الكتاب والآثار والإجماع والمعقول :

أما الكتاب فمنه :

١- قوله تعالى : ﴿ **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهـن فريضـة ومـتعوهن علـى الموسـع قـدره وعلـى المقـتر قـدره مـتاعاً بالمعـروف حقاً على المحسنين** ﴾[٤] " .

فهذه الآية تفيد وجوب المتعة للمفوضة التى طلقت قبل الدخول من أربعة وجوه :

أحدها : أن قوله تعالى : ﴿ **ومتعوهن** ﴾ أمر ، والأمر يقتضى الوجوب[٥] .

---

(١) البـدائع ٤٠٦/٢ ، ٤٠٧ ، بداية المجتهد ٣٣/٢ ، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ص ٢٢٧ ط دار العلم للملايين سنة ١٩٧٩ ، مختصر المزنى ص ١٨١ ، الحاوى الكبير ٤٧٥/٩ .

(٢) يلاحـظ أن هناك رواية أخرى عن الإمام أحمد : أن لها نصف مهر المثل ، إلا أن هذه الرواية ضعيفة . (الإنصاف ٢٩٩/٨ ، المغنى ٤٨/٨) .

(٣) المغنى ٤٨/٨ ، وانظر أيضاً : البدائع ٤٠٧/٢ ، ٤٤٧ ، تبيين الحقائق ١٤٠/٢ ، تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابـن عابدين ١٧٨/٤ ، المختار مع الاختيار ١٠٢/٣ ، الحاوى الكبير ٤٧٥/٩ ، شرح المحلى ٢٩٠/٣ ، اللمعة الدمشقية والروضـة البهية ٣٤٧/٥ ، تفسير القرطبى ٢٠٠/٣ ، تفسير ابن كثير ٢٨٧/١ ، ٢٨٨ ، البناية ٦٦٢/٤ ، شرح كتاب النيل ١٥٠/٦ ، ٣٨٤/٧ .

(٤) الآية ٢٣٦ من سورة البقرة .

(٥) المهذب ٢٢٠/٤ ، الحاوى ٤٧٥/٩ ، نهاية المحتاج ٣٦٤/٦ ، مغنى المحتاج ٣٠٧/٣ ، المغنى والشرح الكبير ٤٩/٨ ، ٩٠ ، المبدع ١٦٩/٧ ، منار السبيل ١٣٤/٢ ، الكافى ١٠٧/٣ ، السيل الجرار ٢٨٣/٢ .

والثاني : أن قوله تعالى : ﴿ **على الموسع قدره وعلى المقتر قدره** ﴾ يرد في الواجبات دون التطوع .

والثالث : قوله تعالى : ﴿ **حقاً** ﴾ والحقوق ما وجبت .

والرابع : قوله تعالى : ﴿ **على المحسنين** ﴾ و " على " من حروف الإلزام .

وبهذا يعلم أن هذه الآية توجب المتعة للمفوضة التي طلقت قبل الدخول[١] .

٢- قوله تعالى : ﴿ **وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين** ﴾[٢] حيث قد نص الله تعالى في هذه الآية على المتعة بلام التمليك ، فدل على استحقاقهن لها ، ثم قدرها سبحانه بقوله ﴿ **بالمعروف** ﴾ وغير الواجب لا يقدر ، فلو لم تكن المتعة واجبة لما قدرها الله تعالى ، ثم جعلها سبحانه " حقاً على المتقين " فدل على أن من منع المتعة ليس متقياً[٣]

٣- قوله تعالى ﴿ **يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلاً** ﴾ [٤]

فهذه الآية أيضاً صريحة في وجوب المتعة للمفوضة التي طلقت قبل الدخول [٥].

يقول ابن كثير : " المتعة ها هنا أعم من أن تكون نصف الصداق المسمى أو المتعة الخاصة إن لم يكن قد سمى لها[٦] " .

---

(١) العناية والفتح ٣٢٥/٣ ، ٣٢٦ ، ٣٢٧ ، البناية ٦٦٢/٤ ، اللباب في شرح الكتاب ١٧/٣ ، تفسير القرطبي ٣/ ٢٠٠ ، تبين الحقائق ١٤٠/٢ ، الحاوى ٤٧٥/٩ ، ٤٧٦ ، نهاية المحتاج ٣٦٤/٦ ، المبدع ١٦٩/٧ .

(٢) الآية ٢٤١ من سورة البقرة .

(٣) تفسير القرطبي ٢٢٩/٣ ، الحاوى ٤٧٦/٩ . ويتايد هذا بما روى في سبب نزول هذه الآية ، فقد روى السيوطي قال : أخرج ابن جرير عن ابن زيد قال : لما نزلت " ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين " قال رجل : إن أحسنت فعلت ، وإن لم أرد ذلك لم أفعل . فأنزل الله " وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين " (أسباب النزول للسيوطي بهامش تفسير وبيان مفردات القرآن الكريم للدكتور محمد حسن الحمصي ص ٨٢ ، ٨٣ ص دار الرشيد - دمشق ، تفسير ابن كثير ٢٩٧/١) .

(٤) الآية ٤٩ من سورة الأحزاب .

(٥) المغنى والشرح الكبير ٤٩/٨ ، ٩٠ ، الكافى ١٠٧/٣ ، السيل الجرار ٢٨٢/٢، ٢٨٣ ، شرح كتاب النيل ٣٨٤/٧ .

(٦) تفسير ابن كثير ٥١٤/٣ .

وأما الآثار فمنها :

١- **ما رواه مالك فى الموطأ**[١] عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أنه كان يقول : " لكـــل مطلقة متعة إلا التى تطلق وقد فرض لها صداق ولم تمس ، فحسبها نصف ما فرض لها " .

٢- **ما رواه مالك أيضاً فى الموطأ**[٢] عن ابن شهاب أنه قال : " لكل مطلقة متعة " . قال مالك : وبلغنى عن القاسم بن محمد مثل ذلك .

فهذان الأثران يفيدان بوضوح وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول ولم يفرض لها .

وأما الإجماع : فقد حكاه الماوردى فى الحاوى ، حيث قال : " ولأن بوجوب المتعة قال عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهما ، وليس يعرف لهما فى الصحابة مخالف ، فصار إجماعاً[٣] " .

وأما المعقول فمن وجهين :

أحدهما : أن المفوضة إن طلقت قبل الدخول وقبل فرض المهر لها لم يحصل لها شئ ، فتجـــب لهـــا المـــتعة للإيحـــاش[٤] ، حيث قد لحقها بالنكاح ابتذال ، وقلت الرغبة فيها بالطلاق[٥].

والـثانى : أن الطـــلاق قـــبل الدخول ، طلاق فى نكاح يقتضى عوضاً ، فلم يخل من العوض ، كما لو سمى مهراً[٦] . أو بعبارة أخرى : إنها بدل عن نصف الصداق فى غير المفرض لها ، والصداق واجب فتجب ، إذ البدل يأخذ حكم المبدل منه[٧] .

وقد خالف فى ذلك المالكية ، فقالوا بأن الحكم بالمتعة فى هذه الحالة يكون على وجـــه الاستحباب .

---

(١) كتاب الطلاق ، باب ما جاء فى متعة الطلاق ٥٧٣/٢ (٤٥) ، وكذلك البيهقى فى سننه ، كتاب الصداق باب المتعة ٢٥٧/٧ . وانظر منار السبيل ١٣٤/١ ، ١٣٥ .

(٢) كتاب الطلاق ، باب ما جاء فى متعة الطلاق ٥٧٣/٢ (٤٦) .

(٣) الحاوى الكبير ٤٧٦/٩ . وحكاه أيضاً الإمام الجوينى من الشافعية انظر : مغنى المحتاج ٣٠٧/٣ .

(٤) مغنى المحتاج ٣٠٧/٣ ، فتح الوهاب ٥١٤/٣ .

(٥) المهذب ٢٢٠/٤ ، تكملة المجموع ٧١/١٨ ، تفسير ابن كثير ٢٨٧/١ .

(٦) المغنى والشرح الكبير ٤٩/٨ ، ٩٠ ، المبدع ١٦٩/٧ ، الحاوى ٤٧٦/٩ ، الاختيار ١٠٢/٣ .

(٧) الذخيرة للقرافى ٤٤٨/٤ .

لا الوجوب[1] . وروى هذا عن شريح والليث وابن أبى ليلى والحكم[2] .

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين ﴾ [3].

وجه الدلالة من هذه الآية : أن الله تعالى قد بين فيها أن إمتاع المطلقة قبل الدخول حق " على المحسنين " أى على المتفضلين المتجملين ، فخصهم بها ، فدل على أنها على سبيل الإحسان والتفضل ، والإحسان ليس بواجب ، فلو كانت المتعة واجبة لما خص المحسنين بها ، لأن الواجب يعم المحسن وغيره[4] .

وكذلك الحال فى قوله تعالى : ﴿ وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين ﴾ [5] ، إذ الواجب لا يختلف بين المتقى وغيره[6] .

بيد أن هذا استدلال غير صحيح ، وقد رد عليه الجمهور بأن تخصيص المحسنين والمتقين بالذكر فى هاتين الآيتين لا يفيد استحباب المتعة فقط ، لوجوه :

أولها : أن الله سبحانه وتعالى قد خصهم بالذكر تشريفاً وإن كان عام الوجوب ، كما قال تعالى **﴿ ذلك الكتاب لا ريب فيه هدى للمتقين ﴾** [7]

ثانيها : أنه سبحانه ذكرهم للتأكيد ، كقوله تعالى **﴿إنما أنت منذر من يخشاها﴾** [8] مع أنه صلى الله عليه وسلم منذر للكل ، لكن لما لم ينتفع به إلا من يخشى صار كأنه لم ينذر غيره ، فكذلك ما نحن فيه ، لما لم يأتمر إلا المتقى والمحسن خصا بالذكر [9]

---

(١) بداية المجتهد ١١٨/٢ ، الذخيرة ٤٤٨/٤ ، المنتقى للباجى ٢٨١/٣ ، ٨٨/٤ ، أسهل المدارك ١١٩/٢ ، أحكام القرآن لابن العربى ٢١٧/١ ، الكافى لابن عبد البر ص ٢٥٠ .

(٢) الحاوى ٤٧٥/٩ ، المغنى ٤٩/٨ .

(٣) الآية ٢٣٦ من سورة البقرة .

(٤) الذخيرة ٤٤٩/٤ ، المنتقى للباجى ٢٨١/٣ ، بداية المجتهد ١١٨/٢ ، تبيين الحقائق ١٤٠/٢ ، الحاوى ٤٧٥/٩ ، المغنى والشرح الكبير ٤٩/٨ ، ٨٩ ، أحكام القرآن لابن العربى ٢١٧/١ .

(٥) الآية ٢٤١ من سورة البقرة .

(٦) تبيين الحقائق ١٤٠/٢ ، الذخيرة ٤٤٩/٤ ، المنتقى للباجى ٨٨/٤ .

(٧) الآية ٢ من سورة البقرة – الحاوى الكبير ٤٧٦/٩ ، تفسير الفخر الرازى ١٥١/٦ .

(٨) الآية ٤٥ من سورة النازعات .

(٩) تبيين الحقائق ١٤٠/٢ ، تفسير الفخر الرازى ١٥١/٦ .

ثالثها : ما رواه السيوطي أن لنزول هذه الآية سبباً ، وهو أنه لما قال تعالى : " **حقاً على المحسنين** " قال رجل : فإن أحسنت فعلت ، وإن لم أرد أن أحسن لم أفعل ، فأنزل الله تعالى : **﴿ وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين ﴾** [١] .

رابعها : لا نسلم أن معنى المحسنين في الآية الكريمة المتفضلون المتطوعون وفقط ، بل هم أعم من هؤلاء ومن القائمين بالواجبات أيضاً فمعناها " المؤمنون " كما يقول القرطبي ، إذ ليس لأحد أن يقول : لست بمحسن ولا متق . والناس مأمورون بأن يكونوا جميعاً محسنين متقين ، فيحسنون بأداء فرائض الله ، ويجتنبون معاصيه حتى لا يدخلوا النار ، فواجب على الخلق أجمعين أن يكونوا محسنين متقين[٢] . وعليه فيكون التكليف موجهاً لكل المؤمنين[٣] .

خامسها : أن ما ذكروه يلزمهم أيضاً ، فإن المستحب لا يختلف بين المحسن والمتقي وبين غيرهما[٤] .

وبهذا يظهر أن هذا مذهب ضعيف لا يمكن الأخذ به ، فرأي الجمهور أقوى وأولى بالاتباع ، نظراً لقوة أدلته وصحتها وسلامتها من المعارضة والمناقشة ..

والله تعالى أعلم.

الغصن الثاني : الحكم فيما لو كانت المدعية مفوضة لمهرها :

أما إذا كانت المدعية مفوضة لمهرها ، فإنه يحكم لها بنصف مهر المثل ، على ما ذهب إليه الشافعي في الجديد ، والحنابلة في المذهب ، والإمامية[٥] .

وذلك لأنه عقد يتضمن مهراً ، فخرج من حكم التفويض ، كالمهر الصحيح ، أي أن هذه المفوضة لها مهر واجب قبل الطلاق ، فوجب أن يتنصف ، كما لو سماه . أو بعبارة أخرى : هذه المرأة المفوضة لم ترض بغير صداق ، فلم تجب المتعة ، كالمسمى لها[٦] .

---

(١) الآية ٢٤١ من سورة البقرة . وقد سبق تخريجه في ص٣٩٨ هامش ٣ . وانظر الحاوي الكبير ٤٧٦/٩ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٠٣/٣ .

(٣) فتح القدير ٣٢٦/٣ ، حاشية الشلبي على الزيلعي ١٤٠/٢ .

(٤) تبيين الحقائق ١٤٠/٢ .

(٥) الحاوي الكبير ٤٨٥/٩ ، ٤٨٦ ، تكملة المجموع ٧٢/١٨ ، المغني والشرح الكبير ٥٢/٨ ، ٩٠ ، ٩١ ، الإنصاف ٢٩٩/٨ ، الكافي لابن قدامة ١٠٩/٣ ، المحرر ٣٧/٢ ، اللمعة الدمشقية والروضة البهية ٣٥١/٥ .

(٦) الحاوي الكبير ٤٨٦/٩ ، المغني والشرح الكبير ٥٢/٨ ، ٩١ .

بخــلاف ما ذهب إليه الحنفية ، والشافعي في القديم ، والإمام أحمد في رواية من القــول بأنـــه لا فــرق بين مفوضة البضع ومفوضة المهر في وجوب المتعة لكل منهما بالطلاق قبل الدخول وقبل الفرض[١] .

لأن مفوضـــة المهر قد خلا عقدها من التسمية الصحيحة للمهر ، فأشبهت مفوضة البضع التي لم يسم لها شئ[٢] .

ولأن تنصـيف المهر ثبت بالنص في المفروض بالعقد على خلاف القياس ، وهذا ليس بمفروض عنده فلا يلحق به[٣] .

والرأي الأول أقوى ، لقوة حجته . **أما الرأي الثاني** فحجته ضعيفة مردودة بوجود الفــرق بيــن مفوضة البضع ومفوضة المهر ، فمفوضة البضع قد رضيت بتسليم بضعها بغير بدل (صداق) ، وقد عاد بضعها سليماً بالطلاق قبل الدخول ، فعوضت بالمتعة عن انكســار قلبها ودخول الوحشة عليها . أما مفوضة المهر . فإنها لم ترض بتسليم بضعها بغــير صــداق ، لكن غاية الأمر أنها فوضت تقديره إلى زوجها أو إلى (أجنبي) . وقد عرفنا أن اللازم في هذه الحالة هو مهر المثل إن لم ترض بدونه ، فإذا طلقت قبل الدخول وجب لها نصف مهر المثل[٤] ... **والله تعالى أعلم** .

---

(١) بــل لقــد ذهب هؤلاء إلى أبعد من ذلك فقالوا بوجوب المتعة في هذه الحالة حتى ولو كان قد سمى لها مهراً بعد العقد ورضيت به ، فتسقط هذه التسمية وتجب لها المتعة . وقد خالفهم في ذلك أبو يوسف والشافعي وقالا بوجوب نصف المسمى . (تبيين الحقائق ١٤٠/٢ ، ١٤١ ، المختار والاختيار ١٠٢/٣ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ١٧٨/٤ ، ١٨٢ ، تكملة المجموع ٧٢/١٨ ، الهداية والعناية والفتح ٣٢٨/٣ ، ٣٢٩ ، الإنصاف ٢٩٩/٨ ، ٣٠٠ ، الكافي ١٠٧/٣ ، المحرر ٣٧/٢ ، شرح منتهى الإرادات ٢١٥/٢) .

(٢) المغني والشرح الكبير ٥٢/٨ ، ٩١ ، الحاوي ٤٨٦/٩ .

(٣) حاشية الشلبي على الزيلعي ١٤٠/٢ .

(٤) الحاوي ٤٨٦/٩ ، المغني والشرح الكبير ٥٢/٨ ، ٩١ .

الفـــرع الثالـث
الحكم فيما لو رفعت دعوى
بطلب الفـــــرض قبل الدخول
وبعد انتــهاء الرابطة الزوجية بالموت

إذا رفعت المفوضة أو ورثتها الدعوى بطلب الفرض قبل الدخول وبعد موت الـزوج

أو موتها أو موتهما جميعاً ، فقد اختلف الفقهاء فيما يجب أن يحكم لها أو لورثتها به على خمسة مذاهب[١] :

المذهب الأول : يـرى أصـحابه وجوب أن يحكم لها بمهر المثل ، سواء مات الـزوج أو ماتـت هي أو ماتا جميعاً . وقد روى هذا عن ابن مسعود وعلقمة والشعبى ، وابــن شــبرمة وابن أبي ليلى ، والثورى وإسحاق ، وإليه ذهب الصاحبان من الحنفية ، والشـافعي فى قولهوالأظهر عند بعض الشافعية ، وأحمد فى رواية هى صحيح المذهب عــند الحنابلة ، والظاهرية وبعض الزيدية وإليه ذهب بعض الإباضية ، وأضاف بعضهم أن لها المتعة أيضاً[٢] .

المذهب الثانى : يرى أصحابه وجوب أن يحكم لها بالمتعة لا بمهر المثل فى هذه الحالــة ، ســواء توفيت هي أو زوجها أو هما جميعاً . وإليه ذهب الشافعي فى قول هو الأظهر عند بعض الشافعية[٣]

المذهب الثالث : يرى أصحابه أنها لا تستحق مهراً ولا متعة فى هذه الحالة . وقد روى هذا عن على وابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت وجابر والزهرى وعطــاء وربــيعة والأوزاعــى . وإليه ذهب المالكية وأحمد فى رواية ضعيفة ، والإمامية وبعض الزيدية وهو المذهب عند الإباضية[٤] .

---

(١) جدير بالذكر أن الفقهاء قد اتفقوا على أن الزوجة فى هذه الحالة تستحق الميراث من زوجها المتوفى ، وكذلك الحال لو كانــت هــى التى توفيت فإنه يستحق ميراثها ، لأن الله تعالى فرض لكل واحد من الزوجين فرضاً ، وعقد الزواج ها هنا صــحيح ثابــت ، فورث به لدخوله فى عموم النص . (التاج والإكليل ١٩٩/٥ ، الحاوى ٤٧٩/٩ ، المغنى ٥٩/٨ ، نيل الأوطار ١٧٣/٦ ، حاشية الدسوقى ٣١٤/٢ ، شرح كتاب النيل ١٥١/٦) .

(٢) تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين ١٧٧/٤ ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبى ١٣٩/٢ ، ١٥٨ ، الهداية ٢ /٤٩١ ، ٥٠٠ ، المختار مع الاختيار ١٠٢/٣ ، مختصر المزنى ص ١٨٦ ، المهذب ٢١١/٤ ، المنهاج ومغنى المحتاج ٢٩٥/٣ ، تكملــة المجموع ٥١/١٨ ، المقنع والإنصاف ٢٩٧/٨ ، المغنى والشرح الكبير ٥٩/٨ ، ٨٨ ، المقنع والمبدع ١٦٨/٧ ، الروض المربع ص ٣٥٩ ، الكافى ١٠٥/٣ ، زاد المعاد لابن القيم ٤٦/٤ ، حدائق الأزهار مع السيل الجرار ٢٨٤/٢ ، الروضة الندية ٣٨/٢ ، شرح كتاب النيل ١٥١/٦ .

(٣) الحاوى ٤٧٩/٩ ، ٤٨٠ ، المنهاج ومغنى المحتاج ٢٩٥/٣ ، فتح الوهاب للأنصارى ٤٩٩/٣ .

(٤) المدونة الكبرى ٢٣٧/٢ ، التاج والإكليل ٣١٤/٢ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٣١٤/٢ ، أسهل المدارك ٢/ ١١٩ ، الإنصاف ٢٩٧/٨ ، زاد المعاد ٤٦/٤ ، السيل الجرار ٢٨٤/٢ ، اللمعة الدمشقية والروضة البهية ٣٥٣/٥ ، كتاب النيل وشرحه لابن إطفيش ١٥١/٦ ، ٣٨٥/٧ .

المذهب الرابع : يفرق أصحابه بين ما لو مات أحد الزوجين وما لو ماتا جميعاً ، ففـــى الحالـــة الأولى تستحق الزوجة أو ورثتها مهر المثل ، وفى الحالة الثانية لا تستحق شيئاً وإنما يسقط مهرها . وإليه ذهب الإمام أبو حنيفة ، وقيده بعض الحنفية بما إذا تقادم العهد بموتهما ، أما إذا لم يتقادم العهد بموتهما فإنه يقضى لورثتها بمهر مثلها[١] .

المذهب الخامس : يرى أن الزوجة تستحق نصف المهر . وقد روى هذا عن الإمام أحمد[٢] .

الأدلة والمناقشـــــات :

أدلة المذهب الأول :

اســتدل أصحاب المذهب الأول على وجوب الحكم للمفوضة أو لورثتها فى هذه الحالة بمهر المثل بالسنة والمعقول :

أمـا السنة : فما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات . فقال ابن مسعود : لها مثل صداق نسائها ، لا وكس ولا شطط ، وعليها العدة ، ولها الميراث . فقام معقل بن سنان الأشجعى **فقـال** : قضـــى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بروع بنت واشق – امرأة منا – مثل الذى قضيت ففرح بها ابن مسعود[٣] .

فهذا الحديث واضح الدلالة على المدعى ، ولذا نقل المزنى عن الشافعى قوله : " فإن كان يثبت – هذا الحديث – فلا حجة فى قول أحد دون النبى صلى الله عليه وسلم[٤] " ونقـل الحـاكم فـى المستدرك عن شيخه محمد بن يعقوب الحافظ أنه قال : لو حضرت الشافعى لقمت على رؤوس أصحابه وقلت : قد صح الحديث فقل به[٥] .

---

(١) حاشـية الشـلبى عـلى الزيلعى ٢/١٣٩ ، تبين الحقائق ٢/١٥٩ ، حاشية ابن عابدين ٤/١٧٧ ، الهداية ٢/٥٠٥ ، العناية وفتح القدير ٣/٣٧٨ ، ٣٧٩ .

(٢) المقنع والمبدع ٧/١٥٩ ، الكافى لابن قدامة ٣/١٠٦ ، الإنصاف ٨/٢٩٧ .

(٣) سبق تخريجه فى ص ٣٩٢ .

(٤) الأم للإمام الشافعى ٥/٦٨ ، مختصر المزنى ص ١٨١ ، الحاوى ٩/١٧٩ ، ١٨٠ ، بداية المجتهد ٢/٣٤٠ ، المهـذب ٤/٢١١ ، مغنى المحتاج ٣/٢٩٥ ، شرح كتاب النيل ٦/١٥١ ، سبل السلام ٣/٢٢١ .

(٥) المستدرك للحاكم ٢/١٨٠ ، مغنى المحتاج ٣/٢٩٥ .

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث :

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه غير صحيح ؛ لأن الحديث مختلف فى ثبوته ، فذهب قوم إلى ضعفه وأنه مضطرب غير ثابت من ثلاثة وجوه :

أحدها : اضطراب طرقه ؛ لأنه روى تارة عن بعض أشجع ، وهم مجاهيل ، وتارة عن معقل بن يسار ، وتارة عن معقل بن سنان ، وتارة عن الجراح بن سنان ، فدل اضطراب طرقه على وهائه[١] .

والثانى : أن علـيا بن أبى طالب رضى الله عنه أنكره ، وقال : حديث أعرابى يبول على عقبيه ، ولا أقبل شهادة الأعراب على رسول الله صلى الله عليه وسلم[٢] .

والثالث : أن الواقـدى طعـن فيه وقال : هذا الحديث ورد إلى المدينة من أهل الكوفة ، فما عرفه أحد من أهل الكوفة[٣] .

الجواب عن هذه المناقشة :

وأجيب عن هذه المناقشة بأنها ضعيفة ولا تقدح فى صحة الاستدلال بهذا الحديث ؛ لأنـه حديـث صحيح صححه الترمذى وغيره[٤] ، وذلك لاشتهاره وقبول ابن مسعود له وروده على ثلاثة طرق صحيحة :

أحدها : منصور عن علقمة عن ابن مسعود .

والثانى : داود بن أبى هند عن الشعبى عن علقمة .

والثالث : عن خلاس وأبى حسان عن عبد الله بن عتبة[٥].

واختلاف أسماء الرواة لا يقدح فى صحة الرواية،لأنه متردد بين صحابى وصحابى[٦].

وروايته عن بعض أشجع لا تضر ، لأنه قد فسر ذلك البعض بمعقل فقد تبين أن ذلك البعض صـحابى[٧] . وهو صحابى مشهور ، وهو المنسوب إليه نهر معقل بالبصرة ، تبركاً باسمه حين احتفره زياد لأنه كان من بقايا الصحابة رضوان الله عليهم ، ومن كان

---

(١) الحاوى ٤٨٠/٩ ، الأم ٦٨/٥ ، نيل الأوطار ١٧٣/٦ ، سبل السلام ٢٢١/٣ .

(٢) الحاوى ٤٨٠/٩ ، نيل الأوطار ١٧٣/٦ ، سبل السلام ٢٢١/٣ .

(٣) الحاوى ٤٨٠/٩ ، سبل السلام ٢٢١/٣ .

(٤) راجع تخريجه فى ص ٣٩٢ .

(٥) الحاوى الكبير ٤٨٠/٩ .

(٦) سبل السلام ٢٢١/٣ .

(٧) المرجع السابق الموضع نفسه .

بهذه المنزلة فى بقايا الصحابة وجمهور التابعين لم يدفع حديثه[١] ومن ثم فقد قال البيهقى : " قـد سمى فيه ابن سنان وهو صحابى مشهور ، والاختلاف فيه لا يضر ، فإن جميع الروايات فيه صحيحة ، وفى بعضها ما دل على أن جماعة من أشجع شهدوا بذلك[٢] " .

وقـال ابـن أبـى حـاتم : قـال أبو زرعة : الذى قال معقل بن سنان أصح[٣] " وكذلـك فـإن روايته عن الجراح لا تضر ، لأنه قد شهد بذلك مع قومه عند عبد الله بن مسـعود رضى الله عنه فى قصة مشهورة ، فما رد ولا ردوا[٤] . وللحديث شاهد أخرجه أبـو داود والحـاكم من حديث عقبة بن عامر أن النبى صلى الله عليه وسلم زوج امرأة رجلاً فدخل بها ولم يفرض لها صداقها فحضرته الوفاة فقال : أشهدكم أنى قد أعطيتها من صداقها سهمى بخيبر فأخذت سهماً فباعته بمائة ألف[٥] .

وأما إنكار على رضى الله عنه له ، فالجواب عليه من وجهـين :

أحدهمـا : أن رواية الإنكار هذه لم تصح من وجه صحيح عن على رضى الله عنه[٦] .

والثانى : أنا لو سلمنا أن هذه الرواية صحت عن على كرم الله وجهه ، فإنما كان ذلك لمذهب تفرد به ، ولم يقل به أحد من الفقهاء غيره ، وهو تحليف الراوى إلا أبا بكـر رضى الله عنه . فقد روى عنه رضى الله عنه أنه قال : ما حدثنى أحد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا استحلفته إلا أبا بكر ، وصدق أبو بكر" وهو رضى الله عنه لم ير هذا الرجل ليحلفه[٧] .

ثـم إن هذا الصحابى الجليل لم يتفرد برواية هذا الحديث . قال الشوكانى بعد أن ذكر رد علـى له : " ورد بأن ذلك لم يثبت عنه من وجه صحيح ، ولو سلم ثبوته ، فلم ينفرد بالحديـث معقل المذكور ، بل روى من طريق غيره ، بل معه الجراح كما وقع عند أبى

---

(١) الحاوى الكبير ٩/ ٤٨٠ .

(٢) السنن الكبرى للبيهقى ٧/ ٢٤٥ ، نيل الأوطار ٦/ ١٧٣ ، فتح القدير ٣/ ٣٢٥ .

(٣) نيل الأوطار ٦/ ١٧٣ .

(٤) الحاوى الكبير ٩/ ٤٨١ .

(٥) راجع نصه وتخريجه فى ص ٣٩٣، وانظر : نيل الأوطار ٦/ ١٧٣ ، سبل السلام ٣/ ٢٢٢ .

(٦) نيل الأوطار ٦/ ١٧٣ ، سبل السلام ٣/ ٢٢١ ، فتح القدير ٣/ ٣٢٥ . (٧) فتح القدير ٣/ ٣٢٥ ، الحاوى الكبير ٩/ ٤٨٠ .

داود والترمذى ، وناس من أشجع كما سلف . وأيضاً الكتاب والسنة إنما نفيا مهر المطلقة قبل المس والفرض،لا مهر من مات عنها زوجها ، وأحكام الموت غير أحكام الطلاق[١].

وأمـــا الواقدى فلم يقدح فيه إلا بأنه ورد من الكوفه فلم يعرفه علماء المدينة ، وهذا لا يقــدح فى الحديث ، لعدالة الراوى[٢] . ولأنها من قضايا رسول الله صلى الله عليه وسلم فـــى القبائل التى انتشر أهلها فصاروا إلى الكوفة فرووه بها ، ثم نُقل إلى المدينة ، ومثل هذا كثير فى الحديث[٣] .

الاستدلال بالمعقول :

واستدل أصحاب هذا المذهب أيضاً بالمعقول من عدة وجوه :

أحدها : أن الموت معنى يكمل به المسمى ، فكمل به مهر المثل للمفوضة كالدخول[٤] .

ونوقـش هـذا الاستدلال بأن قياس الموت على الدخول قياس مع الفارق ؛ لأن فى الدخول إتلافاً يجب به الغرم ، بخلاف الموت[٥] .

والوجـه الـثانى : أن المعنى الذى له وجب كل المسمى بعد موت أحد الزوجين فى نكـــاح فيه تسمية للمهر ، موجود فى نكاح لا تسمية فيه ، فوجب أن تعطى الزوجة مهر المثل ها هنا لذلك[٦] .

---

(١) نيل الأوطار ١٧٣/٦ .

(٢) سبل السلام ٢٢١/٣ .

(٣) الحاوى الكبير ٤٨١/٩ .

(٤) المغنى والشرح الكبير ٥٩/٨ ، ٨٩ ، المبدع ١٦٨/٧ ، ١٦٩ ، الحاوى ٤٨٠/٩ ، المهذب ٢١١/٤ ، ٢١٢ ، مغنى المحتاج ٢٩٥/٣ ، فتح الوهاب ٤٩٩/٣ .

(٥) الحاوى الكبير ٤٨١/٩ .

(٦) الــبدائع ٤٣٦/٢ . وهذا المعنى بينه صاحب البدائع فى موضع آخر بقوله : " لا خلاف فى أن أحد الزوجين إن مات حتف أنفه قبل الدخول فى نكاح فيه تسمية أنه يتأكد المسمى ، سواء كانت المرأة حرة أو أمة ; لأن المهر كان واجباً بالعقد ، والعقــد لم ينفسخ بالموت بل انتهى نهايته ، لأنه عقد للعمر فتنتهى نهايته عند انتهاء العمر ، وإذا انتهى يتأكد فيما مضى ويــتقرر بمنزلة الصوم يتقرر بمجئ الليل ، فيتقرر الواجب ، ولأن كل المهر لما وجب بنفس العقد صار ديناً عليه ، والموت لم يعـرف مسقطاً للدين فى أصول الشرع ، فلا يسقط شئ منه بالموت كسائر الديون " ا هـ (البدائع ٤٣٥/٢،٤٣٤،و فى نفس المعنى : الهداية ٤٩٠/٢ ، العناية وفتح القدير ٣٢٢/٣ ، تبيين الحقائق ١٣٨/٢) .

ونوقـش هـذا الاسـتدلال بـأن قـياس نكاح التفويض على النكاح المسمى فيه الصـداق قـياس مع الفارق أيضاً ؛ لأن المسمى يجب بالطلاق نصفه ، فكمل بالموت ، والمفوضة لم يجب لها بالطلاق نصفه فلم يكمل لها بالموت جميعه(١) .

ويمكـن أن يجـاب على هذه المناقشة : بأن المفوضة وإن لم يجب لها بالطلاق نصـف المهـر ، إلا أنها يجب لها في المقابل لو بدلاً عن ذلك المتعة ، وهي تقوم مقام نصـف المهـر؛ ولذلك اشترط الحنفية ومن معهم أن لا تزيد عن نصف المهر كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى . فوجب أن تأخذ المفوضة حكم المسمى صداقها عند الموت .

والوجـه الثالـث : أن المهـر أحد موجبي الدخول ، فوجب أن يستحق بالوفاة كالعدة(٢) .

ونوقـش هـذا : بـأن قياس المهر على العدة قياس مع الفارق أيضاً ، حيث قد تجب العدة بإصابة السفيه رغم أنه لا يجب عليه مهر ، فكذلك الموت في المفوضة(٣) .

ويمكـن أن يجاب على ذلك : بأن القول بعدم وجوب شئ من المهر على السفيه مقيد بما لو تزوج بغير إذن وليه . وهو قول غير متفق عليه عند الشافعية ، إنما هو أحد وجوه ثلاثة . وصحيح أنه أصحها عندهم ، وقد قاسوا هذا الحكم على ما لو اشترى شيئاً بغير إذن وليه وأتلفه(٤) .

لكن عدم التزامه بالمهر إنما هو في الظاهر فقط ، أما فيما بينه وبين الله تعالى ، فقد قال الشيخ الخطيب : " فلها عليه مهر المثل كما نص عليه في الأم(٥) " .

أما الوجهان الآخران :

فأحدهما : يلزمه مهر المثل كما لو جنى على غيره ، لئلا يخلو الوطء عن مهر أو عقوبة .

والثاني : يلزمه أقل شئ يستباح به البضع ، لأن البضع لا يستباح بالإباحة(٦) .

---

(١) الحاوي ٤٨١/٩ .

(٢) الحاوي ٤٨١/٩ .

(٣) الحاوي ٤٨١/٩ .

(٤) البيان للإمام العمراني ٥٣٠/٢ بتحقيق شعبان الكومي فايد ، روضة الطالبين ٩٩/٧ ، الحاوي ٧٢/٩ .

(٥) مغني المحتاج ٢٢٠/٣ .

(٦) البيان ٥٣٠/٢ ، روضة الطالبين ٩٩/٧ ، مغني المحتاج ٢٢١/٣ .

أمـــا إذا نكح بإذن وليه فقد اتفقوا على التزامه بالمهر ، لكن قيدوه بمهر المثل إن نكح بأكثر منه[١] . ومثل هذا لا يصح القياس عليه ، فتكون هذه المناقشة باطلة.

والوجه الرابع : أن المهر من حيث وجوبه حق الشرع[٢] ، وإنما يصير حقها فى حالـــة الـــبقاء . أما بعد وجوبه على الزوج ابتداء بالشرع ، يثبت لها شرعاً حق أخذه ، فتملك حينئذ الإبراء منه ، لمصادفته حقها دون نفيه ابتداء عن أن يجب[٣] .

والوجه الخامس : أن ما أوجبه عقد النكاح بالدخول ، أوجبه بالوفاة كالمسمى[٤] .

أدلة المذهب الثانى :

اســـتدل أصحاب المذهب الثانى على سقوط المهر فى نكاح التفويض بموت الزوجين أو أحدهما بالسنة والمعقول :

أما السنة : فما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : " **أنكحوا الأيامى على ما يرضى به الأهلون ، ولو قضيباً من أراك**[٥] " .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن النـــبى صلى الله عليه وسلم أمر فيه بأداء المهور ، وحددها بأنها ما تراضى به الأهلون ، فدل على أن المستحق بالعقد هو ما تراضى به الأهلون دون غيره[٦] .

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال :

بأنـــه غير صحيح ، إذ لو صح لأدى إلى خلو العقد فى نكاح التفويض من المهر ، والراجح فى وقت اعتبار مهر المثل فى نكاح التفويض هو وقت العقد - كما سيأتى[٧] - لأن البضـــع مســـتهلك بـــالعقد . ولأنه لو لم يجب بالعقد لما استقر بالدخول ، ولا ملكت

---

(١) الحاوى ٧٠/٩ ، ٧١ ، روضة الطالبين ٩٧/٧ ، ٩٨.

(٢) لقوله تعالى : " قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم " .. (من الآية ٥٠ من سورة الأحزاب) - ولإظهار شرف المحل ، الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٣١٩/٣ ، ٣٢٠ ، ٣٢٥ .

(٣) المراجع السابقة ٣٢٥/٣ ، ٣٢٦ .

(٤) الحاوى ٤٨٠/٩ .

(٥) سبق تخريجه فى ص ٣٤٧.

(٦) الحاوى ٤٨٠/٩ .

(٧) ف ص ٤٣٥.

المطالـــبة بفرضه قبله ، ولأن إخلاء النكاح من المهر خالص لرسول الله صلى الله عليه وسلم[١] .

وأما المعقول فمن وجوه :

أحدها : أنه فراق مفوضة قبل فرض وإصابة ، فلم يستحق به مهر كالطلاق[٢] .

ونوقـش هـذا الاستدلال : بأن قياس الموت على الطلاق غير صحيح ، فإن الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق ، والطلاق يقطعه ويزيله قبل إتمامه ، ولذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول ، ولم تجب بالطلاق ، وكمل المسمى بالموت ولم يكمل بالطلاق[٣] ، ثـم إنـه لـو صح لأدى إلى عدم استحقاق الزوجة شطر الصداق بالطلاق وهذا ما نطق القرآن الكريم بخلافه .

ثانيها : أن الموت سبب تقع به الفرقة ، فلم يجب به المهر كالرضاع والردة[٤] .

ويـناقش هـذا : بـأن القياس على الفرقة بالرضاع والردة قياس مع الفارق فالفرقة بالرضاع قد تكونّ بسبب من غيّر الزوجين ، كما لو كانت زوجته صغيرة فترضعها أمه أو بنته ، فتحرم عليه . وقد قال الفقهاء بأن هذه الفرقة تملك بها الزوجة نصف الصـــداق فـــى المســـمى[٥] ، والمتعة فى غير المسمى ، فلو صح هذا التعليل لما استحقت شيئاً من ذلك .

كذلك فإن الفرقة بالردة لا تحرم الزوجة المهر على الإطلاق ، فقد قال الفقهاء أيضاً إنها إذا كانت من جهة الزوج بأن كان هو الذى ارتد ، استحقت الزوجة نصف المهر فى المســـمى والمتعة فى غير المسمى . أما إذا كانت من جهتها ، فلا شئ لها من صداق أو متعة[٦] . فلو صح هذا التعليل لأدى إلى حرمان الزوجة من المهر والمتعة على كل حال ، وهذا لم يقل به أحد .

---

(١) المبدع ١٦٧/٧ ، كشاف القناع ١٥٦/٥ ، الكافى ١٠٥/٣ .

(٢) المهذب ٢١١/٤ ، نهاية المحتاج ٣٥١/٦ ، الحاوى ٤٨٠/٩ ، تكملة المجموع ٥١/١٨ ، المغنى والشرح الكبير ٥٩/٨ ، ٨٨ .

(٣) المغنى والشرح الكبير ٥٩/٨ ، ٨٩ .

(٤) الحاوى ٤٨٠/٩ .

(٥) فتح القدير ٣٢٧/٣ ، الحاوى ٥٥٢/٩ ، تكملة المجموع ٧٢/١٨ ، المغنى ٥٢/٨ .

(٦) فتح القدير ٣٢٧/٣ ، الحاوى ٥٥٠/٩ ، تكملة المجموع ٧٢/١٨ ، ٧٣ . المغنى والشرح الكبير ٥٢/٨ ، ٩١ .

ثالثها : أن من لم يتنصف صداقها بالطلاق ، لم يستفد بالموت جميع الصداق ، كالمبرئة لزوجها من صداقها[1] .

ويناقش هذا بأن : حكم الأصل (سقوط الصداق بالإبراء إن حدث طلاق قبل الدخول) غير متفق عليه حتى في المذهب الشافعي . فقد جاء في المهذب[2] أنه : " إن كان الصداق ديناً فأبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول . فإن قلنا : إنه لا يرجع في الهبة[3] ، لم يرجع في الإبراء . وإن قلنا : يرجع في الهبة ففي الإبراء وجهان :

أحدهما : يرجع كما يرجع في الهبة . والثاني : لا يرجع ، لأن الإبراء إسقاط لا يفتقر إلى القبول ، والهبة تمليك تفتقر إلى القبول " .وأضاف في الحاوي[4] وجهاً وهو أنه يرجع عليها إن وهبت ، ولا يرجع عليها إن أبرت .

وما دام الأمر كذلك فلا يصح القياس عليه ، حيث لا يحتج برأى على رأى .

رابعها : أن كل من لم يتنصف بالطلاق لم يكتمل بالموت ، كالزيادة على مهر المثل[5] .

ويناقش هذا بأنه : اجتهاد في مقابلة نص وهو لا يجوز ، فحديث معقل بن سنان واضح الدلالة على استحقاق المرأة مهر المثل كاملاً في هذه الحالة ، فلا يصح القول بخلافه .

واستدلوا على استحقاقها المتعة : بقوله تعالى : **﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين﴾**[6] .

---

(١) الحاوى الكبير ٤٨٠/٩ .

(٢) ٢٠٩/٤ ، وكذلك في تكملة المجموع ٤٠/١٨ ، ٤١ .

(٣) إذا كان الصداق عيناً ووهبته الزوجة للزوج ثم طلقها قبل الدخول ، حيث إن للشافعية وجهين في هذه الحالة : أحدهما : وهو اختيار المزني : لا يرجع عليها به ، لأن النصف تعجل له بالهبة . والثاني : يرجع . قال الشيرازي : وهو الصحيح ، لأنه عاد إليه بغير الطلاق ، فلم يسقط حقه من النصف بالطلاق ، كما لو وهبته لأجنبي ثم وهبه الأجنبي منه . (المهذب مع التكملة لمجموع ٣٩/١٨) .

(٤) ٥٢٢/٩ .

(٥) الحاوى الكبير ٤٨٠/٩ .

(٦) الآية ٢٣٦ من سورة البقرة

وقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلا﴾[(١)] .

فقد أمر الله تعالى فى هاتين الآيتين بالمتعة من غير فصل بين حال وغيرها ، ولم ينص على المهر ، فدل على أن المستحق لها هو المتعة لا المهر . والنص وإن ورد فى الطلاق ، لكنه يكون وارداً فى الموت ؛ بدليل أن النص ورد فى صريح الطلاق ، ثم ثبت حكمه فى الكنايات من الإبانة والتسريح والتحريم ونحو ذلك ، كذا ها هنا[(٢)] .

لكن هذا استدلال ضعيف : مردود بأن الآيتين الكريمتين قد أوجبتا المتعة فى الطلاق لا فى الموت بصريح نصهما ، فمن ادعى إلحاق الموت بالطلاق فلا بد له من دليل آخر[(٣)] ، لأن أحكام الموت غير أحكام الطلاق[(٤)] .

أدلة المذهب الثالث :

استدل أصحاب المذهب الثالث على عدم استحقاق الزوجة فى هذه الحالة شيئاً من المهر أو المتعة بالسنة والمعقول . وهى نفس الأدلة التى استدل بها أصحاب المذهب الثانى على عدم استحقاق المرأة المهر[(٥)] . وقد ظهر لنا مدى ضعفها وعدم صلاحيتها للنهوض بالمدعى.

أدلة المذهب الرابع :

استدل الإمام أبو حنيفة على التفريق بين ما إذا مات أحد الزوجين وحده وما إذا ماتا جميعاً ، وإعطاء الزوجة أو ورثتها الحق فى مهر المثل فى الحالة الأولى دون الثانية بما يلى :

أما الدليل على استحقاقها أو ورثتها مهر المثل فى الحالة الأولى فهو نفس ما استدل به أصحاب المذهب الأول على استحقاق المرأة مهر المثل سواء مات الزوج أو ماتت هى أو ماتا جميعاً[(٦)] .

---

(١) الآية ٤٩ من سورة الأحزاب .

(٢) بدائع الصنائع ٤٣٦/٢ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٤٩٩/٣ .

(٣) البدائع ٤٣٦/٢ .

(٤) نيل الأوطار ١٧٣/٦ .

(٥) راجع ص ٤٠٩ وما بعدها .

(٦) راجع ص ٤٠٤ وما بعدها .

وأما الدليل على عدم استحقاقها شيئاً من المهر فى الحالة الثانية ، فهو المعقول من عدة وجوه :

أحدها : أن موتهمـــا يدل على انقراض أقرانهما ظاهراً ، فبمهر من يقدر القاضى مهـــر المـــثل ؟ أى أنه لما كان مهر المثل يقدر بحال الزوجة وحال نساء عشيرتها ، فإن ذلـــك يقتضى أن يكون بعضهن على قيد الحياة ، وهذا أمر مستبعد بدليل موت الزوجين جميعاً ، فموتها دليل على موت نساء عشيرتها ونساء زمانها ، فلا يمكن تقدير مهرها[(١)] .

ويناقش هذا بأنه : استدلال ضعيف ، فموت الزوجين جميعاً ليس بالضرورة مؤشراً على موت جميع أقرانهما ، فقد يموتان صغيرين .

ولئـــن ســـلمنا بأن موتهما مؤشر على انقراض أقرانهما ، إلا أن ذلك لا يجعل تقدير المهـــر مستحيلاً ، وإنما مع ذلك يمكن تقديره ولو بشكل تقريبى ، فشئ خير من لا شئ . ثم إن ذلك يمكن تعرفه من خلال البينة أو التصادق فلا يصح إسقاط ما هو حق مع إمكان العلم به ورده لأهله . يقول الشيخ سعدى جلبى[(٢)] معقباً على قول المرغينانى[(٣)] .

" فـــبمهر مـــن يقـــدر القاضى مهر المثل[(٤)] " . " أقول : لم لا يجوز أن يعرف ذلك بالتصادق أو بالبينة[(٥)] " .

والوجه الثانى : أن القاضى لو سمع الدعوى فى ذلك ، لسمع من وارث وارث من مـــات فى العصر الأول إن كان نكاحهما ظاهراً مشهوراً فى زماننا ، وهذا باطل . يقول" أبـــو حنيفة : أرأيت لو ادعت ورثة أم كلثوم بنت على رضى الله عنهما مهر المثل على ورثة عمر رضى الله عنه ، أكنت أسمع البينة فى ذلك[(٦)] ؟

---

(١) الهداية ٢/٥٠٥ ، العناية وفتح القدير ٣/٣٧٩ ، تبيين الحقائق ٢/١٥٨ .

(٢) هـــو الإمام سعد بن عيسى الشهير بسعدى أفندى أو سعدى جلبى ، فقيه ومفسر ، من فقهاء المذهب الحنفى . ولد فى ولاية قسطمونى ونشأ بها وتولى إفتاء الديار الرومية من تصانيفه . حاشية على تفسير البيضاوى . وحاشية على العناية شرح الهداية فى فروع الحنفية وتوفى سنة ٩٤٥ هـــ (معجم المؤلفين ٤/٢١٦ ، كشف الظنون ١/١٩١ ، ٢/٢٠٣٥) .

(٣) هو شيخ الإسلام الإمام برهان الدين : أبو الحسن على بن أبى بكر بن عبد الجليل الفرغانى ، المرغينانى المولود فى رجب ســـنة ٥٢١ هـــــ ، والمتوفى بسمرقند فى ذى الحجة سنة ٥٩٣ هـــ . كان إماماً فقيهاً حافظاً محدثاً مفسراً ، جامعاً للعلوم ضـــابطاً للفـــنون متقناً محققاً زاهداً ورعاً تفقه على الإمام النسفى والإمام البدنيجى وغيرهما . وترك مؤلفات كثيرة منها " مجموع النوازل " و "الفرائض "و" المنتقى "و" والهداية " وغيرها (معجم المؤلفين ٧/ ٤٥) .

(٤) الهداية وشروحها ٣/٣٧٩ .

(٥) حاشية سعدى جلبى ٣/٣٧٩ .

(٦) تبيين الحقائق ٢/١٥٨ ، العناية والفتح ٣/٣٧٨ ، ٣٧٩ .

ويناقش هذا أيضاً : بأن دعوى طلب الفرض من وارث وارث وارث من مات في العصر الأول ، محض افتراض لا علاقة له بالواقع ، خاصة مع التزايد المضطرد للمهور ، والتضخم الاقتصادى الدائم ، والذى من شأنه أن يجعل النظرة لمهور الأجيال السابقة نظرة دونية لا تليق ولا تستأهل رفع دعوى بطلبها ، حيث لن تعود على رافعها بكبير فائدة .

أما الصورة التى ذكرها الإمام أبو حنيفة فى هذا الوجه ، فمردودة بأن المهر فيها كان مسمى ، فلا وجه لذكرها ، يقول الشيخ سعدى جلبى : " قوله أرأيت لو ادعى ورثة على على ورثة عمر رضى الله عنهما الخ أقول : المهر فى تلك القصة مسمى ، وأبو حنيفة رحمه الله – متفق معهما – أبى يوسف ومحمد – فى صورة كونه مسمىوفى أنه يأخذه ورثة الزوجة ، فما تقريب هذا التعليل هنا[1] ؟ "

والوجه الثالث : أن القضاء بمهر المثل يؤدى إلى استيفاء مهر المثل مراراً ، لأن النكاح يثبت بالاستفاضة والشهرة ، فيقضى بمهر المثل ، ثم يأتى قوم آخرون فيدعون ذلك ، فيقضى لهم بمهر المثل ، ثم وثم فيتسلسل إلى آخر الدهر[2] .

وذلك مردود بأن : تسجيل الأحكام التى تصدر عن المحكمة فى سجلاتها يحول دون حدوثه ، فلا مجال للتخوف منه .

الوجه الرابع : أن الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا فى سقوط المهر بموت أحدهما ، فكان إجماعاً منهم على سقوطه بموتهما[3] .

وذلك مردود أيضاً : بأن اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم فى سقوط مهر من مات زوجها قبل الدخول وقبل الفرض ، لا يلزم منه اتفاقهم على سقوطه بموتهما قبل الدخول وقبل الفرض ؛ لأنهم إنما اختلفوا فيما لو مات زوجها عنها ولم يتكلموا فيمالوماتا جميعاً ، فوجب إخضاع الحكم فيه للدليل الشرعى القوى ، وهو هنا ما استند إليه أصحاب المذهب الأول .

---

(١) حاشية سعدى جلبى ٣/٣٧٩ .

(٢) فتح القدير ٣/٣٧٩ ، تبيين الحقائق ٢/١٥٨ .

(٣) تبيين الحقائق ٢/١٥٨ .

الوجه الخامس : أن الظاهـر الاستيفاء والإبراء فى مثل هذه الحالة هو العادة بين الناس ، فلا يثبت مهر المثل[1] .

ويناقش هذا بأن : الظاهر يعمل به ما لم تقم البينة بخلافه ، فإن قامت البينة بخلافه فإنه يجب العمل بها وتقديمها عليه ، كما هو معروف .

الوجه السادس : أن مهر المثل من حيث هو قيمة البضع ، يشبه المسمى ومن حيث إنه يجب فى مقابلة ما ليس بمال ، يشبه الصلة ، كالنفقة ، فباعتبار الشبه الأول لم يسقط ، فـلا يسـقط بموت أحدهما . وباعتبار الشبه الثانى يسقط ، فيسقط بموتهما ، لأن المسقط تأكد بالموت[2] .

ونوقش هذا بأنه : إن صح فإنه يقتضى أن لا يقضى بالمهر وإن كان العهد قريباً[3] . وهذا يخالف ما حمل عليه أصحاب أبى حنيفة مذهبه هذا .

هذا ، ولم أقف للإمام أحمد على دليل يؤيد ما ذهب إليه فى رواية من القول بوجوب الحكم للزوجة فى هذه الحالة بنصف مهر المثل ، فيما توافر لدى من مراجع للحنابلة .

ولعله يستدل بالقياس على مفوضة المهر إذا طلقت قبل الدخول[4] . وعلى العموم فهو رأى ضـعيف مخالف لصحيح السنة القاضية باستحقاق المرأة فى هذه الحالة مهر مثلها ، كما هو واضح من حديث معقل بن سنان رضى الله عنه .

المذهب المختار :

بعد هذا العرض لمذاهب الفقهاء فيما يجب أن يحكم به فى دعوى المفوضة أو ورثـتها بفـرض المهر لها بعد وفاة زوجها أو وفاتها أو وفاتهما جميعاً وقبل الدخول ، وأدلـتهم ومناقشـتها مناقشة بعيدة عن التحيز ، يترجح فى نظرى ما ذهب إليه أصحاب المذهـب الأول مـن القول بوجوب الحكم للمرأة أو لورثتها فى هذه الحالة بمهر المثل ، سـواء مات الزوج أو ماتت هى أو ماتا جميعاً . وذلك لقوة أدلتهم وصحتها وسلامتها من المعارضة الراجحة والمناقشة المفندة ، وضعف أدلة المخالفين .

يقول الإمام الشوكانى : " حديـث معقل بن سنان الأشجعى ، وهو نص فى محل الـنزاع ، ودلالته على وجوب مهر المثل كاملاً والميراث إذا مات الزوج قبل الدخول ، أوضـح مـن شمس النهار ، ولم يأت من ذهب إلى خلافه بشئ يعتد به . والمصير إلى القياس مع وجود النص مدفوع بلا خلاف بين طائفتي المثبتين للقياس والنافين للعمل به[4]

---

(١) المرجع السابق - الموضع نفسه .
(٢) العناية وفتح القدير ٣/ ٣٧٩ .
(٣) حاشية سعدى جلبى ٣/٣٧٩ .
(٤) راجع ص ٤٠١ .
(٤) السيل الجرار ٢/٢٨٤ .

الفرع الرابع

الحكم فيما لو رفعت دعوى بطلب الفرض بعد الدخول

إذا رفعت المفوضة دعوى بطلب فرض المهر لها بعد الدخول ، حكم لها بمهر المثل في قول كافة الفقهاء ، حيث قد اتفقوا على أن المفوضة ، يستقر لها مهر المثل بالدخول[١]

وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : " **فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها**[٢] "

فالزوج قد استحل فرج زوجته بالدخول ، فوجب عليه المهر[٣] .

ولتخرج بالتزام المهر مما خص به النبى صلى الله عليه وسلم من نكاح الموهوبة بغير مهر[٤] ، حيث إن الوطء فى النكاح من غير مهر خالص لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا يجوز لأحد غيره[٥] .

ولتخرج أيضاً بالتزام المهر من حكم الزنا الذى لا يستحق فيه مهر[٦] .

---

(١) مختصر القدورى والهدية ٤٩١/٢ ، البدائع ٤٣٠/٢ ، وفيه : " وأما بيان ما يتأكد به المهر : فالمهر يتأكد [illegible] ثلاثة : الدخول ، والخلوة الصحيحة ، وموت أحد الزوجين ، سواء كان المهر مسمى أو مهر المثل .. أما التأكـ[illegible]ـول فمتفق عليه " العناية ٣٢٤/٣ ، ٣٢٥ ، مختصر خليل والتاج والإكليل ١٩٩/٥ ، الشرح الكبير وحاشية الد[illegible] ٢/ ٣١٤ ، المهذب ٢١١/٤ ، الأم ٦٨/٥ ، المختصر ص ١٨١ ، منهج الطلاب وفتح الوهاب للأنصارى ٩٨/٣ ، [illegible]قنع والإنصاف ٣٠٢/٨ ، منار السبيل ١٣٣/٢ ، ١٣٤ ، المحلى لابن حزم ٨٢/٩ ، حدائق الأزهار والسيل الجرار ٢٨٢/٢ ، اللمعة الدمشقية ٣٤٧/٥ ، شرح كتاب النيل ١٤٨/٦ . وهناك قول ضعيف عند الإباضية يرى أن للزوجة فى هذه الحالة العُقر كاملاً . والعُقر عندهم : أقله عشر دية البكر للبكر مسلمة أو مشركة ، ونصف عشر دية الثيب للثيب ، مسلمة أو مشركة ، وعشر قيمة الأمة البكر للأمة البكر ، مسلمة أو مشركة ونصف قيمة الأمة الثيب للأمة الثيب ، مسلمة أو مشركة . ولا حد لأكثره.(كتاب النيل وشرحه لابن إطفيش ١٤٤/٦ ، ١٤٨ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧) .

(٢) جزء من حديث رواه الترمذى عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها ، فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولى من ولا ولى له " وقال : " هذا حديث حسن " صحيح الترمذى أبواب النكاح باب ما جاء لا نكاح إلا بولى ١٩٢/٤ ، ١٩٣ (١١٠٨) مع التحفة . ورواه الطبرانى فى المعجم الأوسط عن ابن عباس رضى الله عنه فى ٣٦٠/١ (٨٧٧) وعن عائشة رضى الله عنها فى ٣٣٧/٦ (٦٣٥٢) .

(٣) السيل الجرار ٢٨٢/٢ .

(٤) الحاوى الكبير ٤٧٤/٩ ، ٤٧٥ .

(٥) المهذب ٢١١/٤ ، المغنى ٩٣/٨ .

(٦) فتح الوهاب وحاشية البجيرمى عليه ٤٩٨/٣ ، ٤٩٩ ، مغنى المحتاج ٢٩٣/٣ ، شرح المحلى ٢٨٢/٣

ولأن الـوطء لا يـباح بالإباحة ، لما فيه من حق الله تعالى ، حيث إن البضع لا يـتمحص حقـاً للمـرأة ، بل فيه حق لله تعالى ، فوجب أن يصان عن التصور بصورة المباحات[1] .

ولأن المهـر قـد وجـب بالعقد ، وصار ديناً فى ذمة الزوج ، والدخول لا يسقطه ، لأنه استيفاء المعقود عليه واستيفاء المعقود عليه يقرر البدل لا يسقطه ، كما فى الإجارة[2]

ولأن المهر يتأكد بتسليم المبدل من غير استيفائه ، فلأن يتأكد بالتسليم مع الاستيفاء أولى[3] .

وأما وجوب مهر المثل بالذات ، فلحديث معقل بن سنان السابق[4] ، حيث قد صدق فيه هـذا الصـحابى الجليل على قضاء عبد الله بن مسعود فى مثل هذه الحادثة بأن للمرأة " صداق نسائها ، لا وكس ولا شطط ، وعليها العدة ، ولها الميراث " وقال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بروع بنت واشق - امرأة منا - مثل ما قضيت .

قال الإمام الشوكانى : " وهو دليل قوى ، ومستند سوى ، ومتمسك جلى[5] "..

والله تعالى أعلم ؛؛

---

(١) البدائع ٢/٤٣٠ ، ٤٣١ . .

(٢ ، ٣) البدائع ٢/٤٣٠ ، ٤٣١ .

(٣) البدائع ٢/ ٤٣١ .

(٤) ف ص ٤٠٤ .

(٥) السـيل الجرار ٢/٢٨٢ . هذا وقد استثنى بعض علماء الشافعية من لزوم المهر بالدخول صورتين : الأولى : إذا زوج أمته بعبده ثم أعتقها أو باعها قبل الدخول ثم وطئها الزوج ، فلا مهر لها ، لأنه استحق وطأها بلا مهر . الثانية : لو نكح فى الكفـر مفوضـة ثم أسـلما ولو قبل الوطء واعتقادهم أن لا مهر لمفوضة بحال ، فلا تستحق مهراً بوطئها ، لأنه قد سبق استحقاق وطء بلا مهر . (مغنى المحتاج ٣/٢٩٣ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٣/٤٩٨ ، ٤٩٩ ، حاشية القليوبى ٣/ ٢٨٢) .

الفرع الخامس

موقف قانون الأحوال الشخصية من دعوى طلب الفرض في نكاح التفويض والحكم فيها

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بالنص على نكاح التفويض ولا على دعوى طلب الفرض فيه ولا على الحكم فيها[1] .

ولعل السر فى ذلك يكمن فى عدم انتشار هذا النوع من الزواج فى مصر ، خاصة بعد صدور القانون الذى تطلب لسماع دعوى الزواج وما يترتب عليه من آثار أن يكون ثابتاً بوثيقة رسمية على يد موظف مختص فى الحوادث اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١م [2]

---

(١) على خلاف ما فعل قانون الأحوال الشخصية السورى الصادر فى ١٩٥٣/٩/١٧ ، حيث نص فى المادة ٥٣ منه على أنه : " يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح سواء أسمى عند العقد أم لم يسم أم نفى أصلاً " (شرح قانون الأحوال الشخصية د . مصطفى السباعي ١٣/١ ، ١٨٦ - المكتب الإسلامي - بيروت - ط٧ سنة ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م) .وعلى خلاف ما فعل قانون حقوق العائلة التركى الصادر فى ٨ من المحرم سنة ١٣٣٦ هـ - ١٩١٧ م والمعمول به كذلك فى لبنان حتى الآن ، حيث ينص فى المادة ٨٤ منه على أنه : " إذا لم يسم المهر فى العقد الصحيح ، أو سمى وكانت التسمية فاسدة ، ثم توفى أحد الطرفين أو وقع الطلاق بعد الاجتماع الصحيح ، يلزم مهر المثل " . (المرجع السابق ١٢/١ ، ١٥ ، أحكام الأسرة فى الإسلام أ / محمد مصطفى شلبى ص ١٧ ، ١٨ ، ٣٧٧ ط٢ - دار النهضة العربية - بيروت سنة ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م) . والمراد بالاجتماع الصحيح هنا هو الخلوة الصحيحة لا الدخول ، لأن هذا القانون فى أكثر من مادة يعبر عن الدخول بلفظ المقاربة . وإذا وجب تمام المهر بالخلوة الصحيحة ، وجب بالدخول " المقاربة " من باب أولى . (المرجع السابق ص ٣٧٧) .

(٢) فقد نصت المادة ٣/٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ والمشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه : " لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ " (الأحوال الشخصية للمسلمين طبقاً لأحدث التعديلات ص ٦٦ ط ٧ سنة ١٩٩٩ - الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية) كما نصت المادة ٢/١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والذي ألغى بنص المادة الرابعة من ديباجته المرسوم بقانون السابق على ذلك أيضاً فقالت : " ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية " . (الجريدة الرسمية العدد ٤ مكرر السنة الثالثة والأربعون . صادر فى ٢٢ شوال سنة ١٤٢٠ - ٢٩ يناير سنة ٢٠٠٠ م ص ١٣) .

١٩٣١م ، ومـــا استتبعه ذلك من حرص كلا طرفي الزواج على الاتفاق على المهـــر وعاجلـــه وآجله ، وتدوين كل ذلك في وثيقة الزواج ، الأمر الذى قلت معه أهمية الكلام على نكاح التفويض عموماً .

يقول المستشار / معوض عبد التواب في معرض حديثه عن الاختلاف في المهر[١] :

" الاخـــتلاف فـــى المهر كان له أهمية كبيرة قبل صدور القانون الذي يمنع سماع دعوى الزوجـــية ومـــا يترتب عليها من المهر والنفقة والطاعة ، إلا إذا كان الزواج ثابتاً بوثيقة رســـمية على يد موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها ، وذلك في الحوادث الواقعة فـــى أول أغســـطس سنة ١٩٣١ ، وبعد صدور القانون أصبح الاختلاف في المهر قليل الأهمية من الناحية العملية ، لما يدون في الوثائق الرسمية عادة من أن الطرفين قد حددا مهـــراً ومقداره والمقبوض منه والمؤجل وزمانه ، فالخلاف في أصل التسمية والمقبوض خلاف نادر[٢] " .

وعـــلى أية حال فقد نصت المادة الثالثة من ديباجة القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على نفس ما كانت تنص عليه المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لســـــــــنة ١٩٣١ (الملغـــى)[٣] مـــن وجوب تطبيق أرجح الأقوال في مذهب الإمام أبي حنيفة فيما لم يرد بشأنه نص في قوانين الأحوال الشخصية والوقف ، فقالت : " تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة[٤] " .

وقـــد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون أنه : " وإذا كان المشروع فـــى حـــرص منه على تجنب أي فراغ تشريعي قد أبقى على الحكم الذى تضمنته لائحة

---

(١) ومن صور هذا الاختلاف : الاختلاف في تسمية المهر ، كأن يدعي أحد الزوجين تسمية قدر معلوم كألف جنيه مثلاً ، ويـــنكر الآخر التسمية فيقول : لم تسم شيئاً في العقد.(موسوعة الأحوال الشخصية للمستشار / معوض عبد التواب ص ٤٦٦ – منشأة المعارف – الإسكندرية سنة ١٩٨٤ م) .

(٢) المرجع السابق – الموضع نفسه .

(٣) بمقتضى المادة الرابعة من ديباجة القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والتي نصت على أن تلغى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ . (الجريدة الرسمية العدد ٤ مكرر السنة الثالثة والأربعون ص ٣) .

(٤) المرجع السابق ص ٣ ..

ترتيـب المحاكم الشرعية فى الرجوع إلى أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى فيما لم يرد بشأنه نص فى قوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها .. ..»[١]

وقـد مر بنا فى الجانب الشرعى بيان واف لمذهب الإمام أبى حنيفة ، وما اتفق فيه مع غيره وما اختلف فيه معهم . ونرى أنه من الأوفق إجمال آراء هذا المذهب ، وأرجح الأقوال فيه – إن تعددت الأقوال – فى هذا الموضوع :

ففيما يتعلق بمشروعية نكاح التفويض ومشروعية مطالبة الزوجة بفرض المهر فى هذا الزواج رأينا أن الحنفية يتفقون مع غيرهم من كافة الفقهاء على أن ذلك مشروع .

وفيما يتعلق بالحكم الذى يجب أن يصدر فى هذه الدعوى ، فقد رأينا أن الفقهاء فرقوا بين ما إذا كانت الدعوى قد رفعت قبل الدخول ، وما إذا كانت قد رفعت بعده .

فـإذا كانت قد رفعت قبل الدخول ، فإما أن يكون رفعها أثناء قيام الرابطة الزوجية وإما أن يكون بعد انتهائها .

فـإن كـان رفعها أثناء قيام الرابطة الزوجية ، فإن الحنفية قد اتفقوا مع كافة الفقهاء على أن ما يجب أن يحكم به هو مهر المثل[٢] .

وإن كان رفعها بعد انتهاء الرابطة الزوجية ، فإنه يفرق بين ما إذا كان هذا الانتهاء قد تم بالطلاق وما يشبهه ، وما إذا كان قد تم بالموت :

فإن كان قد تم بالطلاق : فـإن رأى الحنفية مع الجمهور هو وجوب أن يحكم القاضى بالمتعة[٣] .

وإن كان قد تم بالموت : فـإن الراجح عند الحنفية هو ما ذهب إليه الصاحبان من وجـوب الحكم للزوجة بمهر المثل ، سواء كان المتوفى الزوج أو الزوجة أو هما جميعاً وهو الراجح الذى عليه الجمهور من الفقهاء كما رأينا[٤] .

وأما إذا كانت قد رفعت بعد الدخول ، فإن رأى الحنفية مع كافة الفقهاء هو وجوب الحكم لها بمهر المثـل .

---

(١) التعليق على نصوص القانون السنة ٢٠٠٠ للمستشار / معوض عبد لتواب ص٩ ط ٢ دار الفكر الجامعى – الإسكندرية .

(٢) راجع ص ٣٩٦.

(٣) راجع ص ٣٩٧.

(٤) بخلاف ما عليه أبو حنيفة من القول بوجوب الحكم لها بمهر المثل فى حالة ما إذا توفى أحد الزوجين ، أما فى حالة موتهما جميعاً فلا مهر لها . راجع ص ٤٠٣ وما بعدها .

المطلب الثانى

النكاح بصداق مجهول

ودعوى المهر فيه والحكم فيها

من المسائل التى تتصور فيها دعوى المجهول فى مجال الصداق : ما إذا تم عقد النكاح على صداق مجهول ، كما لو تزوجها على حيوان أو دابة أو سيارة أو بيت دون تحديد لجنسه أو لصفته أو لنوعه .

وقد فصل الفقهاء القول فيما لو عقد النكاح على مثل هذا الصداق ، وبينوا أثر هذه الجهالة على عقد النكاح ، كما بينوا ما يجب أن يحكم به فى دعوى طلب المهر فى النكاح المنعقد بصداق مجهول . وفيما يلى أبين بمشيئة الله تعالى أثر جهالة الصداق فى صحته والحكم فى دعوى طلب المهر فى النكاح المعقود على صداق مجهول .

وموقف قانون الأحوال الشخصية من هذه الدعوى والحكم فيها وذلك فى ثلاثة فروع على النحو التالى :



الفرع الأول

أثر جهالة الصداق في صحته

الصداق المجهول هو الذى لم يتم تحديده تحديداً كافياً للعلم به جنساً أو نوعاً أو قدراً أو صفة أو كلها معاً .

وجهالة المهر إما أن تكون فاحشة تزيد على جهالة مهر المثل(1) ، كما لو كان مجهول الجنس ، كأن يتزوجها على مال أو على ما اكتسبه من العلم(2) . وكما لو كان مجهول النوع كأن يتزوجها على حيوان أو دابة أو ثوب أو بيت أو سيارة دون أن يعين .

وإما أن تكون جهالة يسيرة مثل جهالة مهر المثل أو أقل ، كما لو كان مجهول الصفة ، كأن يتزوجها على حيوان معلوم الجنس والنوع دون الصفة كفرس أو جمل ، فإن منه الصغير ومنه الكبير ومنه الصحيح ومنه المعتل . وكأن يتزوجها على ثوب معلوم الجنس أيضاً دون الوصف ، كثوب هروى أو مروى أو مصرى ، فإن من الثياب الصوف ، ومنها القطن ومنها الحرير ، ومنها الكتان ، ومنها الخز(3) ، ومنها البز(4) وما إلى ذلك(5) .

وكأن يتزوجها على ذهب قدره مائتا جرام دون أن يبين عياره ، وما إذا كان خالصاً أو غير خالص أو يتزوجها على تأثيث ثلاث أو أربع حجرات دون أن يبين وصف الجهاز الذى سيتم التأثيث به أو نوعه وهكذا .

وقد اتفق الفقهاء على أن المهر إذا كان مجهولاً جهالة فاحشة تزيد على جهالة مهر المثل ، كان فاسداً(6) ، لأن الصداق عوض فى عقد معاوضة ، فلم يصح مجهولاً كعوض البيع والإجارة(7) . ولأن جهالة الجنس تمنع صحة البيع ، فوجب أن تمنع صحة الصداق كالمحرم(8) . ولأن جهالة القدر والصفة يكثر فيها الغرر ، ومثل هذا لا يحتمل ، لأنه يؤدى إلى النزاع ، إذ لا أصل يرجع إليه(9) . واختلفوا فيما لو كانت جهالته يسيرة مثل جهالة مهر المثل أو أقل منها :

---

(1) فمهر المثل مجهول الجنس والقدر والصفة ، إلا أن جهالته تتحمل بالإجماع ؛ لأن بعد اعتبار تساوى المرأتين فى المال والجمال والسن والعقل والدين والبكارة والعفة والبلد يقل التفاوت بينهما فتقل الجهالة . (البدائع ٤١٨/٢ ، ٤١٩ ، الحاوى ٣٩٥/٩) .

(2) البدائع ٤١٨/٢ ، العناية والفتح ٣٥٤/٣ ، ٣٥٥ ، الإنصاف ٢٣٧/٨ ، البحر الرائق ١٤٦/٣ .

(3) الخز من الثياب : ما يصنع من صوف وحرير خالص (المعجم الوجيز ص ١٩٤)

(4) البز : نوع من الثياب وقيل البز من الثياب : أمتعة البزاز ، وقيل : البز : متاع البيت خاصة (لسان العرب مادة " بزز" ٣١١/٥ ، ٣١٢)

(5) العناية والفتح ٣٥٥/٣ ، المغنى ٢٠/٨ ، الإنصاف ٢٣٦/٨ ، ٢٣٧ ، البحر الرائق ١٤٦/٣ .

(6) البدائع ٤١٨/٢ ، الهداية ٤٩٩/٢ ، البحر الرائق ١٤٦/٣ ، تنوير الأبصار والدر لمختار وحاشية ابن عابدين ١٧٧/٤ ، ١٧٨ ، الذخيرة ٣٨٢/٤ وفيه : " والغرر الفاحش ممنوع فيه ابتداء اتفاقاً " النوادر والزيادات ٤٦٩/٤ ، ٤٧٠ ، الأم ٥٨/٥ ، مختصر المزنى ص ١٧٨ ، الحاوى ٣٩٥/٩ ، المغنى ١٩/٨ ، المقنع والشرح الكبير ١٦/٨ ، ١٧ ، المحلى ٩٠/٩ ، ١١٦ ، السيل الجرار ٢٨٥/٢ ، اللمعة الدمشقية والروضة البهية ٣٤٥/٥ ، ٣٦٣ .

(7) المغنى ٢٠/٨ ، الشرح الكبير معه ١٨/٨ ، المبدع ١٣٧/٧ ، كشاف القناع ١٣٢/٥ .

(8) الهداية ٤٩٩/٢ ، فتح القدير ٣٥٥/٣ ، الحاوى ٣٩٥/٩ ، المغنى ٢٠/٨ ، ٢١ .

(9) فتح القدير ٣٥٥/٣ ، منار السبيل ١٢٨/٢ .

فذهب الجمهور : الشافعية[1] والحنابلة فى المذهب[2] ، والظاهرية فى مقتضى كلامهم[3] ، والإمامية[4] إلى أنه يفسد أيضاً كما لو كانت جهالته فاحشة .

وذلك لنفس الأسباب السابقة فيما لو كانت جهالته فاحشة ، إذ لا فرق عند هؤلاء بين الجهالـــة الفاحشة التى تزيد على جهالة مهر المثل ، والجهالة اليسيرة التى تماثل أو تقل عن جهالة مهر المثل .

وذهب الحنفية والمالكية والقاضى من الحنابلة والإباضية : إلى أن هذا النوع من الجهالـــة لا يفســـد المهر بشرط أن يكون المسمى مالاً وسطه معلوم ، رعاية للجانبين ، وذلك عند إعلام الجنس ، لأنه يشتمل على الجيد والردئ ، والوسط ذو حظ منهما . وبهذا قال الزيدية أيضاً إذا لم يكن المهر أرضاً . أما إذا كان أرضاً فلا يصح إلا أن يذكر قدرها وناحيتها[5] .

وقد استدل هؤلاء على صحة الصداق فى هذه الحالة بالسنة والمعقول .

أما السنة : فقوله صلى الله عليه وسلم : " **أنكحوا الأيامى على ما يرضى به الأهلون ولو قضيبا من أراك**[6] " .

فقد أفاد هذا الحديث بعمومه أن الأصل فى صحة تسمية المهر هو تراضى الأهلين وهذا قد تراضوا عليه ، فكان صحيحاً[7] .

وأما المعقول فمن وجهين :

أحدهما : أن النكاح معاوضـــة مال بما ليس بمال ، والأشياء معلومة الجنس والقدر مجهولـــة الصفة تثبت فى ذلك بالذمة ، بدليل أن الشرع أوجب مائة من الإبل فى الدية ، وفـــى الجنيـــن غرة : عبد أو أمة[8] . وليس فيها معلوماً إلا الوسط من الأسنان الخاصة

---

(١) الأم ٥٨/٥ ، مختصر المزنى ص ١٧٨ ، المهذب ١٩٦/٤ ، الحاوى ٣٩٥/٩ .

(٢) المقنع والإنصاف ٢٣٦/٨ ، دليل الطالب ومنار السبيل ١٢٧/٢ ، ١٢٨ .

(٣) حيث جاء فى المحلى ٩٠/٩ : " وكل ما جاز أن يتملك بالهبة أو بالميراث فجاز أن يكون صداقاً " وقد مر بنا أنهم لا يجيزون هبة المجهول فى ص ٢٧٣ .

(٤) اللمعة الدمشقية والروضة البهية ٣٤٥/٥ ، ٣٦٣ ، شرائع الإسلام ٣٠٥/٢ ، المختصر النافع ص ٢١٢ .

(٥) الهداية ٤٩٩/٢ ، العناية والفتح ٣٥٤/٣ ، ٣٥٥ ، البدائع ٤١٨/٢ ، ٤١٩ ، تبيين الحقائق ١٥٠/٢ ، الذخيرة ٤/ ٣٥٣ ، مختصر خليل والتاج والإكليل ١٧٥/٥ ، الإنصاف ١٣٦/٨ ، المغنى ١٩/٨ ، الشرح الكبير معه ١٧/٨ ، المبدع ١٣٧/٧ ، ١٣٨ ، كشاف القناع ١٣٣/٥ ، حدائق الأزهار والسيل الجرار ٢٨٥/٢ ، شرح كتاب النيل ١٦٨/٦ ، ٢٠٥ .

(٦) سبق تخريجه فى ص ٣٤٧ .

(٧) تبيين الحقائق وحاشية الشلبى ١٥١/٢ ، المغنى ٢٠/٨ ، الشرح الكبير معه ١٧/٨ ، المبدع ١٣٧/٧ .

(٨) فقد روى الإمام مالك فى الموطأ عن عبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه أن فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم فى العقول : أن فى النفس مائة من الإبل ، وفى الأنف إذا أُوعِىَ جدعاً مائة من الإبل ، وفى المأمومة ثلث الدية وفى الجائفة مثلها ، وفى العين خمسون ، وفى اليد خمسون وفى الرجل خمسون ، وفى كل إصبع عشر من الإبل ، وفى السن خمس ، وفى الموضحة خمس . (الموطأ كتاب العقول باب "١" ٨٤٩/٢ "١") . ومعنى " أُوعِىَ " أى أخذ كله و " جدعاً " أى قطعاً و " المأمومة " أى التى وصلت إلى أم الدماغ ، وهى أشد الشجاج قال ابن السكيت : وصاحبها يصعق لصوت الر[illegible] البروز فى الشمس .وتسمى أيضاً آمة وجمعها أوام مثل

وســـر هذا الشرع عدم جريان المشاحة فى ذلك ، حيث لم يقابلها مال ، فلا تفضى جهالة الوصف فيه إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم . والبضع ليس بمال ، فجاز أن يثبت مجهول الوصف ديناً فى الذمة بدلا عنه كذلك[1] .

والثانى : قياساً على مهر المثل فإنه لما صح التزوج عليه رغم جهالة جنسه وقدره ووصفه ، فكذلك يصح التزوج على مجهول الوصف فقط بل هذا أولى[2] .

والثالث : أن المهر ليس عوضاً محضاً ، ولا تبرعاً محضاً ، فساغ فيه الجهل من حيث أن فيه بعض التبرع ومكارم الأخلاق[3] .

والرابع : أن المهر أحد عوضى النكاح ، فجاز أن يكون مجهولاً كالبضع[4] .

وقد ناقش هؤلاء استدلال الجمهور بالقياس على البيع : بأنه قياس مع الفارق فلا يصــح . وبــيان الفارق : أن البيع لا يحتمل جهالة البدل أصلاً قلّت أو كثرت . والنكاح يحــتمل الجهالــة اليســيرة مثل جهالة مهر المثل ، وذلك لأن مبنى البيع على المضايقة والمماكســة ، فالجهالة فيه وإن قلت تفضى إلى المنازعة . ومبنى النكاح على المسامحة والمروءة ، فجهالة مهر المثل فيه لا تفضى إلى المنازعة[5] .

كما ناقش الجمهور استدلالهم بالسنة بأنه : استدلال غير صحيح ، لأن المراد : ما تراضى عليه الأهلون مما يصلح عوضاً ، بدليل سائر ما لا يصلح[6] .

وناقشوا استدلالهم بالمعقول بما يلى :

أولاً : القياس على الدية قياس غير صحيح لوجوه :

أحدها : أن الدية تثبت بالشرع لا بالعقد ، وهى خارجة عن القياس فى تقديرها ومن وجبت عليه فلا ينبغى أن تجعل أصلاً .

والثانى : أن الحــيوان الثابت فيها موصوف بسنه مقدر بقيمته ، فكيف يقاس عليه الشئ الخالى من الوصف فى الأمرين ؟

=دابة ودواب . والجائفة التى وصلت لجوفه . و " الموضحة " : الشجة التى تكشف عظم الرأس والجبهة والخدين . (الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٢٥١/٤ ، ٢٥٢ ، الشيخ محمد فؤاد عبد الباقى فى تحقيقه للموطأ ٨٤٩/٢ هامش ١) .

(١) البدائع ٤١٩/٣ ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبى ١٥٠/٢ ، ١٥١ ، فتح القدير والعناية ٣٥٥/٣ ، ٣٥٦ ، المغنى ٨/ ٢٠ ، الشرح الكبير معه ١٧/٨ ، المبدع ١٣٧/٧ ، كشاف القناع ١٣٣/٥ .

(٢) المراجع السابقة – المواضع نفسها ، الحاوى ٣٩٥/٩ .

(٣) شرح كتاب النيل ٢٠٥/٦ .

(٤) الحاوى الكبير ٣٩٥/٩ .

(٥) الهداية ٤٩٩/٢ ، البدائع ٤١٩/٢ ، تبين الحقائق ١٥١/٢ .

(٦) المغنى ٢١/٨ ، الشرح الكبير معه ١٨/٨ .

والثالث : أن الواجب في الدية إنما هو بدل متلف لا يعتبر فيه التراضي ، فهو كقيم المتلفات ، فكيف يقاس عليها عوض في عقد يعتبر تراضيهما به ؟

والرابع : أن قياس العوض في عقد معاوضة على عوض في معاوضة أخرى أصح وأولى من قياسه على بدل متلف[١] .

ثانياً : كذلك فإن القياس على مهر المثل لا يصح لوجوه :

أحدها : لا نسلم أن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل ، فإن العادة في القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالبكارة والثيوبة فحسب ، فيكون إذا معلوماً .

ثانيها : ولئن سلمنا بأن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل ، إلا أن هناك فارقاً بينهما يمنع من صحة القياس ، وهو أن مهر المثل إنما يجب عند عدم التسمية الصحيحة ، كما تجب قيم المتلفات وإن كانت تحتاج إلى نظر ، بدليل أنا نصير إلى مهر المثل عند عدم التسمية ، ولا نصير إلى شئ غير موصوف ، كفرس أو ناقة . كما أنه لو باع ثوباً بفرس أو حمار غير موصوف ، فأتلفه المشتري ، فإنا نصير إلى تقويمه ولا نوجب الفرس أو الحمار الغير موصوف[٢] .

والواقع أن هذه المسألة يجب أن يترك الحكم فيها للعرف وقرائن الأحوال ، فإذا ما جرى العرف على بيان نوع وصفة المهر ودلت قرائن الحال على أن ترك هذا البيان سيفضي إلى منازعة بين الزوجين ، كان البيان واجباً وتركه مفسداً للصداق . أما لو جرى العرف على خلاف ذلك ودلت قرائن الحال على أن ترك هذا البيان لا يفضي إلى نزاع بين الزوجين ، فلا يكون واجباً ولا يفسد تركه الصداق .

وقد جرى العرف في بلادنا على إهمال بيان وصف المهر ، فكل ما يتم الاتفاق عليه لا يوصف عند العقد ، إذ يشترط الزوج على نفسه مقداراً معيناً من الذهب أو مبلغاً معيناً من المال يشترى به ذهباً للزوجة دون أن يصفه أو يحدده بأنه خالص أو غير خالص ، ودون أن يحدد عياره ، ويكون المقصود – في الغالب – أنه من الذهب الخالص عيار (٢١) كما أنه يشترط على نفسه تأثيث بيت الزوجية بجهاز قدره ثلاث أو أربع حجرات ، دون أن يصفها . كذلك المفروشات والزينات وأواني الطبخ وما إلى ذلك ، وكل هذا لا يفضي إلى نزاع بين الزوجين – في الغالب الأعم – لأنه يطلق ويراد به مهر المثل الذي يعتبر في تقديره حال الزوج كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

والله أعلم[١] .

---

(١) المرجعان والموضعان السابقان .

(٢) المغني ٢١/٨ ، الشرح الكبير معه ١٨/٨ ، ١٩ ، الحاوي الكبير ٣٩٥/٩ .

(١) إذا ثبت هذا وقلنا بفساد الصداق في هذه الحالة – كما رآه الجمهور – أو لجريان العرف على بيان المهر بياناً نافياً للجهالة وتوقع حدوث منازعة بين الزوجين بسبب هذه الجهالة ، فهل يتعدى هذا الفساد إلى عقد النكاح ذاته فيفسده أم لا ؟ اختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة مذاهب : =

الفرع الثانى
الحكم فى دعوى المهر المجهول

إذا فــرض للزوجة مهر مجهول بهذا الشكل ، وأحجم زوجها عن دفعه لها وأرادت أن تطالـــب به عن طريق القضاء ، فإنها لا يمكنها المطالبة به إلا مجهولاً ، ولذلك تقبل دعواها ، ولكن بماذا يحكم لها القاضى ؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلى مذهبين :

فذهـب المالكية والشافعية والحنابلة فى المذهب والإمامية ، إلى أن القاضى يحكم فـــى هــذه الدعوى بمهر المثل[1] ؛ لأن البضع مُفوَّت بالعقد ، فلم نقدر على استرجاعه ، فوجب أن نعدل إلى قيمته ، وهى مهر المثل ، كمن اشترى شاة بثوب فماتت فى يده ورد بائعه الثوب بعيب ، رجع بقيمة الشاة ، حيث فات الرجوع بعينها[2] .

وذهب الحنفية والقاضى أبويعلى من الحنابلة :

إلـــى أن الواجب على القاضى أن يحكم به ، هو الوسط من الشئ المذكور . قالوا : وللـــزوج الخيار إن شاء أعطاها الوسط ، وإن شاء أعطاها قيمته[3] ، وذلك " لأن الوسط هـــو العدل " ؛ لما فيه من مراعاة الجانبين ؛ لأن الزوج يتضرر بإيجاب الجيد ، والمرأة تتضـــرر بإيجاب الردئ ، فكان العدل فى إيجاب الوسط وهذا معنى قول النبي صلى الله علـــيه وسلم " خير الأمور أوساطها[4] " قاله في البدائع[5] . وقال : " والأصل فى اعتبار

== أولها : - وهو الأرجح - ما ذهب إليه الجمهور : الحنفية فى الصحيح عندهم ، وبعض المالكية ، الشافعية ، والحنابلة فى المذهب ، والزيدية والإمامية ، وما روى عن الثورى والأوزاعى من القول بأن فساده لا يتعدى إلى عقد النكاح بإفساده وإنما يظل صحيحا منتجا لآثاره إذ انعقد صحيحا .

والثانى : ما ذهب إليه الظاهرية ، والمالكية فى رأى وصفه صاحب النوادر بأنه " ليس بشئ " وأحمد فى رواية وأبو حنيفة والصاحبان فى رواية عنهم ، وأبو عبيد فيما روى عنه من القول بأن فساد الصداق يتعدى إلى عقد النكاح فيفسده ويوجب فسخه أبدا ، قبل الدخول وبعده ، بل حتى ولو ولدت له أولادا طالما أنه قد تضمنه العقد .

والثالث : ما ذهب إليه المالكية فى المشهور من القول بأن فساد الصداق يتعدى إلى العقد فيفسده لكنه لا يفسخ أبداً ، وإنما يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل . ولكل مذهب أدلته التى ليس هنا مجال بسطها ، فليرجع إليها فى مظانه ومنها : الهداية ٢/ ٥٠٠ ، العناية وفتح القدير ٣٥٨/٣ ، تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين ١٧٧/٤ ، البدائع ٤١١/٢ ، بداية المجتهد ٣٤/٢ ، الذخيرة ٣٨٥/٤ ، ٣٨٦ ، النوادر والزيادات ٤٦٩/٤ ، ٤٧٠ ، التاج والإكليل ٨٢/٥ ، مواهب الجليل ١٨٧/٥ ، ١٨٨ ، تكملة المجموع ١٣/١٨ ، الحاوي ٣٩٤/٩ ، ٣٩٥ ، ، شرح المحلى على المنهاج ٢٧٨/٣ ، ٢٧٩ ، المغنى ٢٣/٨ ، ٢٤ ، الشرح الكبير معه ٢٧/٨ ، المحلى لابن حزم ٨٦/٩ ، حدائق الأزهار والسيل الجرار ٢٨٢/٢ ، اللمعة الدمشقية والروضة البهية ٣٦٢/٥ ، ٣٦٣ ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبى عليه ١٥١/٢

(١) الذخيرة ٣٨٥/٤ ،التاج و الإكليل ٨٢/٥، مواهب الجليل ١٨٧/٥،النوادر والزيادات ٤٧٠/٤،٤٦٩، الام٥٨/٥ ، المختصر ص ١٧٨ ، المهذب ١٩٦/٤ ، الحاوي ٢٩٦/٩ ، المغني ٨/ ٢١، الشرح الكبير معه ١٩/٨ ، شرح الزركشي ٢٩٢/٥، اللمعة الدمشقية والروضة البهية ٣٦٣/٥.

(٢) الحاوى ٣٩٦/٩ ، المهذب ١٩٦/٤ ، الروضة البهية ٣٦٣/٥ .

(٣) الهداية ٢/ ٤٩٩ ، ٥٠٠ البدائع ٤١٨/٢ ، ٤١٩ ، تبيين الحقائق ٢/ ١٥٠ ،العناية و فتح القدير ٣٥٤/٣ ، ٣٥٥ الانصاف ١٣٦/٨ ، المغني ١٩/٨ ، الشرح الكبير معه ١٧/٨ ، حدائق الأزهار والسيل الجرار ٢٨٥/٢ ، كتاب النيل وشرحه ١٦٨/٦ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ ، وهناك أقوال أخرى للإباضة . فقيل بان للزوجه الأعلى من الشئ المذكور ، وقيل : لها الأدنى منه - المرجع السابق .

(٤) رواه البيهقى فى سننه الكبرى كتاب صلاة الخوف باب ما ورد من التشديد فى لبس الخز ٢٧٣/٣ عن هارون عن كنانة أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الشهرتين : أن يلبس الثياب الحسنة التى ينظر إليه فيها ، أو الدنيئة أو الرثة التى ينظر إليه فيها : قال عمرو : بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أمرا بين أمرين . وخير الأمور أوساطها هذا منقطع " وذكره العلامة المرتضى الزبيدى فى إتحاف السادة المتقين ١٣/٨ وقال : رواه البيهقى من حديث مطرف مرسلا ، ورواه الحافظ أبو بكر الجيانى فى الأربعين البلدانية من حديث على بسند ضعيف " وذكره أيضا فى نفس المصدر ٧/ ٣٣٦ مرفوعا بلفظ " خير الأعمال أوساطها " .

(٥) ٤١٩/٢ .

الوسط في هذا الباب ، ما روى عن رسول الله صلي الله عليه وسلم أنه قال : " أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن مواليها ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها ، فلها مهر مثل نسائها ، لاوكس ولا شطط[١] " وكذلك قال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه في المفوضة : " أرى لها مهر نسائها لا وكس ولى شطط[٢] " . قال[٣] : " والمعنى ما ذكرنا " .

أمـا تخيير الزوج بين إعطاء الوسط أو قيمته ، فلأن الوسط لا يعرف إلا بواسطة القـيمة ، فكانت القيمة أصلاً فى الاستحقاق ، فكانت أصلاً فى التسليم فتجبر الزوجة على قبول أيٍّ أتاها به[٤] .

وأما ثبوت الخيار للزوج لا للزوجة ، فلأنه المستحق عليه ، فكان الخيار له[٥] .

الترجيح : إذا كـنا قـد رجحنا وجوب التعويل على العرف وقرائن الأحوال فى صـحة هذا المهر أو فساده ، فإن مدار الحكم فى هذه القضية ينبغى أن يكون مبنياً على صحة المهر أو فساده ، فحيث صح المهر المجهول جهالة يسيرة ، ينبغى أن يحكم بالوسط من المسمى ، لأنه الأقرب إلى العدالة كما هو واضح فى أدلة الحنفية ومن معهم ، وحيث فسد هذا المهر ، ينبغى أن يحكم بمهر المثل ، لأنه الواجب عند فساد المهر وعند جهالته الفاحشة .

والله تعالى أعلم .

---

(١) ، (٢) سبق تخريجهما فى ص ٤٠٤ ، ٤١٦ .
(٣) أى الإمام الكاسانى فى البدائع ٤١٩/٢ .
(٤) الهداية ٤٩٩/٢ ، ٥٠٠ العناية وفتح القدير ٣٥٧/٣ ، البدائع ٤١٩/٢ ، تبيين الحقائق ١٥١/٢ ، البحر الرائق ١٤٦/٣ ، مجمع الأنهر ٣٤٨/١ .
(٥) البدائع ٤١٩/٢ .

الفرع الثالث

موقف قانون الأحوال الشخصية من دعوى طلب المهر في النكاح بصداق مجهول والحكم فيها

وكما لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بالنص على نكاح التفوض وأحكام طلب الفرض فيه ، فإنه أيضاً لم يتعرض بالنص على النكاح بصداق فاسد وأحكام طلب المهر فيه[١] .

بيد أن النص على وجوب العمل بأرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة فيما لم يرد بشأنه نص فى قوانين الأحوال الشخصية والوقف ، الوارد فى المادة الثالثة من ديباجة القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ، والمادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (الملغى)[٢] ، يبين أن أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى هو الواجب التطبيق فيما نحن بصدده .

وقد رأينا أن الحنفية يرون مع كافة الفقهاء فساد المهر إذا كان مجهولاً جهالة فاحشة تزيد على جهالة مهر المثل . أما إذا كانت جهالة يسيرة ، فإنهم يرون مع المالكية والقاضى أبى يعلى من الحنابلة أن المهر يصح[٣]

ورأينا أيضاً أن الصحيح عند الحنفية - وهو الراجح الذى عليه جمهور الفقهاء - أن فساد الصداق لا يؤثر فى صحة النكاح إذا انعقد صحيحاً[٤] .

ورأينا كذلك أن الحنفية يرون مع القاضى أبى يعلى من الحنابلة وجوب الحكم لها بالوسط فى الشئ المذكور . وللزوج الخيار إن شاء أعطاها الوسط ، وإن شاء أعطاها قيمته[٥] .

---

(١) على خلاف ما فعل قانون الأحوال الشخصية السورى الصادر فى ١٩٥٣/٩/١٧ ، حيث نص فى المادة ١/٦١ منه على أنه : " يجب مهر المثل فى العقد الصحيح عند عدم تسمية مهر أو فساد المهر " . (شرح قانون الأحوال الشخصية د . مصطفى السباعى ١٩٧/١) .

وما فعل قانون حقوق العائلة التركى الصادر فى ٨ من المحرم سنة ١٣٣٦ هـ - ١٩١٧ م والمعمول به فى لبنان ، حيث نص فى المادة ٨٤ منه على أنه : " إذا لم يسم المهر فى العقد الصحيح ، أو سمى وكانت التسمية فاسدة ، ثم توفى أحد الطرفين أو وقع الطلاق بعد الاجتماع الصحيح ، يلزم مهر المثل " . (أحكام الأسرة فى الإسلام أ. محمد مصطفى شلبى ص ٣٧٧) .

(٢) الجريدة الرسمية العدد ٤ مكرر السنة ٤٣ ص ٣ ، الأحوال الشخصية طبقاً لأحدث التعديلات ص ٧٠ .

(٣) راجع ص ٤٢٢ ، ص ٤٢٣

(٤) راجع ص ٤٢٥ ، ٤٢٦ هامش (١)

(٥) راجع ص ٤٢٦ ، [illegible]

المطلب الثالث

الأحكـــام العامـة لمهـــر المثـــل

رأيـــنا أن مهر المثل يحكم به في أكثر الدعاوى المتعلقة بهذا الفصل ، الأمر الذى يفرض علينا بيان أحكامه العامة ، حتى تتضح صورته ويقف القاضى على ما يجب عليه أن يحكم به على وجه التحديد حين تعرض عليه دعاوى من هذا القبيل .

وفي هذا المطلب أبين المقصود بمهر المثل ، وصفته ووسيلة إثباته ووقت اعتباره ، ووجوب القضاء بالعرف فيه إن وجد . وذلك في ثلاثة فروع متبوعة بفرع لبيان أحكام مهر المثل في قانون الأحوال الشخصية ، وذلك على النحو التالـــــــي :

⚜⚜⚜⚜⚜⚜

الفرع الأول

المقصود بمهر المثل وكيفية تحديده

المقصود بمهر المثل هو المهر الذى يرغب به فى مثل الزوجة - المدعية - من أقاربها ، مع اعتبار التساوى فى السن والجمال ، والمال ، والعمر ، والعقل ، والدين ، والبكارة ، والأدب ، وكمال الخلق ، والبلد ، وعدم الولد ، والعلم .

وهذا ما عليه جمهور الفقهاء : الحنفية والشافعية والحنابلة ، والإباضية ، والزيدية ، وبه قال الإمامية بشرط أن لا يتجاوز مهر السنة وهو عندهم خمسمائة درهم ، فإن تجاوز مهر المثل هذا المقدار فلا يجب غيره[1] .

ودليلهم فى ذلك حديث عبد الله بن مسعود السابق [2] الذى سئل فيه عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ، ولم يدخل بها حتى مات . فقال ابن مسعود : " لها مثل صداق نسائها ، لا وكس ولا شطط ، وعليها العدة ، ولها الميراث " فقام معقل بن سنان الأشجعى فقال : " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بروع بنت واشق - امرأة منا - مثل الذى قضيت " .

فالواجب لها بمقتضى هذا الحديث هو مهر نسائها . ونساؤها : أقاربها[3] ، لأنهن أخص من يضاف إليها[4] .

وقد خالف فى ذلك المالكية ، فلم يعتبروا القرابة فى مهر المثل ، أى أنهم لم ينظروا فى تحديده لنساء قومها إذا لم يكن على نفس مستواها المالى والجمالى والخلقى والعلمى والعقلى والدينى وغير ذلك . قال الحطاب - رحمه الله - : " مذهب مالك - رحمه الله - أن يعتبر فى فرض صداق المثل فى نكاح التفويض بصداق نسائها إذا كن على مثل حالها من العقل والجمال والمال ، فلا يكون لها مثل صداق نسائها إذا لم يكن على مثل حالها

(١) تنوير الأبصار والدر المختار ٢١٠/٤ ، فتح القدير ٣٦٨/٣ ، مختصر المزنى ص ١٨٢ ، المهذب ٢١٢/٤ ، ٢١٣ ، نهاية المحتاج ٣٥١/٦ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٥٠٠/٣ ، ٥٠١ ، المقنع والمبدع ١٧٠/٧ ، ١٧١ ، كشاف القناع ١٥٩/٥ ، الكافى ١٠٦/٣ ، السيل الجرار ٢٨٢/٢ ، فقه الإمام جعفر ٢٨١/٢٨٠/٥ ، المختصر النافع ص ٢١٣ ، شرح كتاب النيل ١٤٨/٦ .

(٢) فى ص ٤٠٤

(٣) الهداية ٥٠٢/٢ ، المغنى والشرح الكبير ٦٠/٨ ، ٩٥ .

(٤) السيل الجرار ٢٨٢/٢ .

ولا مثل صداق من لها مثل حالها ، وإذا لم يكن لهن مثل نسبها[١] " .

واستدل المالكية على ذلك : بأن المهر عوض عن البضع ، وهو يختلف باختلاف مقاييس المال والجمال والعقل والعلم وو .. الخ لا باختلاف العائلات ، فليس للأقارب دخل في زيادته أو نقصه فقد يتفاوت صداق الأختين بناء على تفاوتهما في هذه الصفات ، الأمر الذي يؤدي إلى وجوب اعتبارها دون النسب[٢] .

وبأن هذه زوجة ، فوجب أن يعتبر في مهر مثلها من كان على مثل حالها وإن لم تكن من قومها ، كالتي لا عشيرة لها[٣] .

وقد رد الجمهور هذا الاستدلال بأنه غير صحيح لأن المرأة تطلب لحسبها كما جاء في الحديث : " **تنكح المرأة لأربع : لمالها ولحَسَبها ولجمالها ولدينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك**[٤] " . وحَسَبها يختص به أقاربها ، فيزداد المهر لذلك ويقل . وقد يكون الحي وأهل القرية لهم عادة في الصداق ورسم مقرر لا يشاركهم فيه غيرهم ، ولا يغيرونه بتغير الصفات ، فيكون الاعتبار بذلك دون سائر الصفات[٥] .

وما ذهب إليه الجمهور هو الراجح ، لقوة حجته ، وموافقته للواقع وللعرف الجاري بين الناس ...... **والله تعالى أعلم** .

ولكن من هم الأقارب المقصودون هنا ؟ وما الحكم لو لم يوجدوا ؟ وهل يعتبر حال الزوج في تقدير مهر المثل ؟ ونجيب على هذه التساؤلات فيما يلي :

أولاً : تحديد الأقارب المقصودين في تقدير مهر المثل :

الأقارب المقصودون هنا هم الأقارب من جهة الأب ، وهم المعبر عنهم بالعصبات ، فمثل الزوجة من نساء عصبتها هي التي تعتبر عند تقدير مهر المثل .

(١) مواهب الجليل ٢٠١/٥ ، انظر أيضاً : المدونة الكبرى ٢٣٦/٢ ، شرح الخرشي ٢٧٧/٣ ، الكافي لابن عبد البر ص ٢٥٠ ، المنتقى للباجي ٢٨٢/٣ ، التاج والإكليل ٢٠١/٥ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣١٦/٢ ، ٣١٧ .
(٢) المدونة الكبرى ٢٣٦/٢ ، التاج والإكليل ٢٠١/٥ .
(٣) المنتقى للباجي ٢٨٢/٣ .
(٤) متفق عليه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه . (صحيح البخاري مع الفتح كتاب النكاح باب (١٥) الأكفاء في الدين ٣٥/٩ (٥٠٩٠) ، صحيح مسلم بشرح النووي كتاب الرضاع باب (١٥) باستحباب نكاح ذات الدين ١٠/ ٥١(١٤٦٦/٥٣) .
(٥) الحاوي ٤٨٧/٩ ، المغني والشرح الكبير ٦٠/٨ ، ٩٥ ، ٩٦ .

وأقربهن الأخوات الشقيقات ، ثم الأخوات لأب ثم بنات الإخوة ، ثم بنات بنى الإخوة ، ثم العمات دون بناتهن ثم بنات الأعمام وبنات بنيهم ، ثم عمات الأب دون بناتهن ، ثم بنات أعمام الأب ، وبنات بنيهم ، ثم كذلك أبداً فى نساء العصبات .

وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء [1] ، ودليلهم فى ذلك حديث ابن مسعود رضه الله عنه السابق ، حيث قضى فيه ابن مسعود بأن للمرأة صداق نسائها ، ووافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بروع بنت واشق رضى الله عنها[2] .

وبأن شرف المرأة معتبر فى مهرها ، وشرفها بنسبها[3] ، لأن الإنسان من جنس قوم أبيه ، وقيمة الشئ إنما تعرف بالنظر فى قيمة جنسه[4] .

وقد خالف فى ذلك ابن أبى ليلى - رحمه الله - فقال بأن أقارب الزوجة المقصودين هنا هم أقاربها من جهة أبيها ومن جهة أمها ، من العصبات وذوى الأرحام ، لأنهن من نسائها .

(١) مختصر المزنى ص ١٨٢ ، نهاية المحتاج ٣٥١/٦ ، ٣٥٢ ، شرح المحلى وحاشية القليوبى ٢٨٤/٣ ، الحاوى ٤٧٧/٩ ، ٤٧٨ ، المغنى ٦٠/٨ ، ٦١ ، المقنع والإنصاف ٣٠٣/٨ ، ٣٠٤ ، الكافى ١٠٦/٣ ، كشاف القناع ١٥٩/٥ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٢٠٩/٤ ، فتح القدير والعناية ٣٦٧/٣ ، الهداية ٥٠٢/٢ ، شرح الخرشى ٢٧٧/٣ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٢/ ٣١٦ ، ٣١٧ ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٢٠١/٥ ، ٢٠٢ ، السيل الجرار ٢٨٢/٢ ، شرح كتاب النيل ١٤٨/٦ .

(٢) الهداية وشروحها ٣٦٧/٣ ، ٣٦٨ ، حاشية عميرة على المحلى ٢٨٤/٣ ، المبدع ١٧٠/٧ ، ١٧١ ، كشاف القناع ١٥٩/٥ ، المغنى والشرح الكبير ٦٠/٨ ، ٩٦ .

(٣) الكافى ١٠٦/٣ ، المبدع ١٧١/٧ حاشية عميرة على المحلى ٢٨٤/٣ ، المغنى ٦٠/٨

(٤) الهداية ٥٠٢/٢ .

ولأن مطلـــق القرابة له أثر في الجملة ، وإلى هذا ذهب الإمام أحمد في رواية هي المذهب عند الحنابلة[١] .

بـيد أن هـذا رأى ضـعيف مـــردود بصـــراحة حديث ابن مسعود رضي الله عنه ، فالمقصود بنسائها فيه هم أقاربها من جهة الأب ، وذلك لأنه أضاف إليها ، وإنما يضاف إلى أقارب الأب لأن النسب إليه[٢] .

وبأن شرف المرأة معتبر في مهرها ، وشرفها بنسبها ، وأمها وخالاتها لا تساويانها في نســبها ، فلا تساويانها في شرفها ، فقد تكون الأم أو الخالة أمة والبنت قرشية – مثلا – وقد يكون الأمر بالعكس[٣] .

كذلـــك فـــإن المرأة تنسب لأبيها لا لأمها ، فبنت العربي من النبطية عربية ، وبنت النـــبطي من العربية نبطية ، فاقتضى ذلك أن يكون المعتبر في تحديد مهر المثل الأقارب من جهة الأب لا من جهة الأم[٤] .

ثانياً : الحكم إذا لم توجد من نساء عصبات الزوجة من تماثلها :

إذا فقد نساء العصبات ، أو لم توجد منهن من تماثل الزوجة في صفاتها ، أو وجدن ولم ينكحن ، أو نكحن وجهل مهرهن فقد قال الحنفية بأنه ينظر في قبيلة أخرى مثل قبيلة أبيها حتى يمكن القضاء بالمثل ، فإن لم توجد فالقول للزوج بيمينه[٥] .

ومقتضـى كـلام المالكـية : أنه ينظر فيمن تماثلها من نساء البلد من أي قبيلة أو عائلة كانت[٦] .

---

(١) الحاوى ٤٦٧/٩ ، المغنى والشرح الكبير ٦٠/٨ ، ٩٦ ، المقنع والمبدع ١٧١/٧ ، الإنصاف ٣٠٣/٣ الإقناع ٢٢٤/٣ ، الكافى ١٠٦/٣ ، المحرر ٣٧/٢ . ويلاحظ أن صاحب العناية قد نقل عن ابن أبي ليلى القول بأن ما يعتبر من أقارب المرأة هي أمها وقوم أمها كالخالات ونحوها ، لأن المهر قيمة بضع النساء ، فيعتبر بالقرابات من جهة النساء – (العناية ٣٦٧/٣) .

(٢) الهداية والعناية والفتح ٣٦٧/٣ ، ٣٦٨ .

(٣) الهداية ٥٠٢/٢ ، العناية ٣٦٨/٣ ، المغنى والشرح الكبير ٦٠/٨ ، ٩٦ .

(٤) الحاوى ٤٨٧/٩ ، حاشية عميرة على المحلى ٢٨٤/٣ .

(٥) تنوير الأبصار والدر المختار ٢١٢/٤ ، فتح القدير ٣٦٨/٣ .

(٦) المدونة الكبرى ٢٣٦/٢ وفيها : " وقال مالك : لا ينظر في هذا إلى نساء قومها ولكن ينظر في هذا إلى نسائها في قدرها وجمالها وموضعها وغناها " ونحوه في مواهب الجليل والتاج والإكليل ٢٠١/٥ ، وشرح الخرشي ٢٧٧/٣ ، الكافى لابن عبد البر ص ٢٥٠.

وذهب الشافعية والحنابلة والزيدية إلى أنه ينظر فى نساء أقاربها من جهة أمها ، أى فى نساء أرحامها لأنهن أقرب إليها بعد العصبات من الأجانب ، فتعتبر الأم ثم بناتها وهن الأخوات من الأم ، ثم بأمها ، وهى الجدة من الأم ، ثم الخالات ، ثم بنات الأخوات ، ثم بنات الأخوال ثم على هذا .

فإذا عدم جميع القرابات ، فنساء بلدها ، لاشتراكهن فى العادة فإذا عُدِمْنَ ، فأقرب البلاد ببلدها[1] .

فإذا لم توجد من تماثلها فى الصفات ، اجتهد القاضى فى فرض المهر لها ، فيزيد لها بقدر فضيلتها ، وينقص بقدر نقصها . وحكمه بالطبع يكون ملزماً للجانبين[2] .

ثالثاً : اعتبار حال الزوج فى تقدير مهر المثل :

يجب كذلك أن يعتبر حال الزوج عند تقدير مهر المثل ، بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها فى المال والحسب والعلم والدين وغير ذلك ، فقد يرغب فى تزويج فقير لقرابة أو صلاح أو علم أو حلم ، وقد يرغب فى تزويج أجنبي لمال أو جاه . ويختلف المهر باعتبار هذه الأحوال وجوداً وعدماً[3] . فإن الزوج إذا كان فى حال يرغب فى مثلها ، يتساهل معه فى المهر بما لا يتساهل مع غيره[4] .

---

(١) المهذب ٢١٢/٤ ، الحاوى ٤٩٢/٩ ، نهاية المحتاج ٣٥٢/٦ ، مغنى المحتاج ٢٩٦/٣ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ١٠٥/٣ ، المبدع ١٧١/٧ ، ١٧٢ ، كشاف القناع ١٥٩/٥ ، ١٦٠ ، المغنى والشرح الكبير ٦١/٨ ، ٩٦ السيل الجرار ٢٨٢/٢ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٢١١/٤ ، المغنى والشرح الكبير ٦١/٨ ، ٩٦ .

(٣) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٢١٠/٤ ، فتح القدير ٣٩٨/٣ ، حاشية الدسوقى ٣١٧/٢ ، مواهب الجليل ٢٠٢/٥ .

(٤) الأحوال الشخصية للإمام محمد أبي زهرة ص ١٨٢ ط دار الفكر العربي – القاهرة .

الفرع الثانى

صفة مهر المثل ووسيلة إثباته ووقت اعتباره

عـندما يفرض القاضى للمرأة مهر مثلها ، فإنه يجب أن يفرضه لها حالاً من نقد البلد .

أمـا وجـوب كونه حالاً ، فلأنه بدل متلف فأشبه قيم المتلفات ، فالحكم بالقيمة لا يكون بدين .

وأمـا وجوب كونه من نقد البلد ، فلأن قيم المتلفات لا تكون إلا منها ، ومهر المثل قيمة متلف .

وعلـى ذلك فلو كان مهر المثل إبلاً أو ثياباً أو بيوتاً أو غيرها ، فإنها تُقَوَّم بنقد البلد ويحكم بقيمتها للمرأة[١] .

هـذا عـن صفة مهر المثل . أما عن وسيلة إثباته فهى الشهادة أو اليمين ، فإن شهد رجلان عدلان أو رجل وامرأتان بأن مهر مثل هذه المرأة هو كذا فرضه القاضى للزوجة ، وإلا يوجـد شـهود عدول يشهدون بذلك فالقول قول الزوج مع يمينه[٢] . ولا شك أن الاتجـاه إلى الإثبات لا يكون إلا عند الاختلاف . أما عند الاتفاق على تقديره ، فلا حاجة إلى الإثبات إلا إذا ادعى الولى العاصب أن ما اتفقا على أنه تقدير مهر المثل غير صحيح ، فيكون عليه التقدم لإثبات الصحيح إن كانت عنده بينة[٣] .

وإن اخـتلف الزوجان فى مقدار مهر المثل وأقام كل منهما بينة تثبت دعواه ، تقدم بينة الزوجة ولا تسمع بينة الزوج ، لأنها تدعى عليه زيادة وهو ينكرها و" البينة على من ادعى واليمين على من أنكر "[٤] .

وأما عن وقت اعتبار مهر المثل للمفوضة ففيه رأيان :

أحدهما : وهو الراجح : - أنه وقت العقد ، لأن البضع مستهلك بالعقد ، ولأنه لو لم يجـب بالعقد لما استقر بالدخول ولا ملكت المطالبة بفرضه قبله . ولأن إخلاء النكاح عن المهر خالص لرسول الله صلى الله عليه وسلم[٥] .

والثانى : أنه وقت الفرض ، لأن الزوجة ملكته بالفرض دون العقد[٦] .

---

(١) المهذب ٢١٣/٤ ، الحاوى ٤٩١/٩ ، مغنى المحتاج ٢٩٤/٢ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٥٠٠/٣ ، شرح المحلى وحاشية القليوبى ٢٨٣/٣ ، المغنى والشرح الكبير ٦١/٨ ، ٩٧ ، الكافى ١٠٦/٣ .

(٢) فتح القدير ٣٦٨/٣ ، تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين ٢١٠/٤ ، ٢١١

(٣) الأحوال الشخصية للإمام أبى زهرة ص ١٨٢ .

(٤) جزء من حديث سبق تخريجه ف ص ١١ وانظر المرجع السابق ص ١٨٢ ، ١٨٣ .

(٥) الكافى لابن قدامة ١٠٥/٣ ، المبدع ١٦٧/٧ ، وكشاف القناع ١٥٦/٥ ، المغنى والشرح الكبير ٥٧/٨ ، ٨٦ ، المهذب مع المجموع ٤٥/١٨ ، ٥٠ ، الحاوى ٤٨٣/٩ .

(٦) الحاوى ٤٨٣/٩ ، المهذب مع المجموع ٤٥/١٨ ، ٥٠ ، المغنى والشرح الكبير ٥٧/٨ ، ٨٦ .

الفرع الثالث

وجوب القضاء بالعرف في مهر المثل إن وجد

بقى أن ننبه إلى أن هذه الأحكام السابقة فى مهر المثل تكون حيث لا يوجد عرف يخالفها ، فإن وجد عرف يخالفها ، عمل به وفرض القاضى المهر بناء عليه دون أن يسأل عن مهر المثل ؛ إذ القاعدة أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، وأن العادة شريعة محكمة . وقد صرح بذلك كثير من الفقهاء منهم :

ابن عابدين الحنفى الدمشقى [١] حيث يقول : " جرى العرف فيكثير من قرى دمشق بتقدير المهر بمقدار معين لجميع نساء أهل القرية بلا تفاوت ، فينبغى أن يكون ذلك عند السكوت عنه بمنزلة المذكور المسمى وقت العقد ، لأن المعروف كالمشروط ، وحينئذ فلا يسأل عن مهر المثل[٢] " .

الإمام الحطاب المالكى المغربى ، حيث يقول : " وينبغى أن يراعى فى ذلك العرف ، فإن جرى العرف بالنظر إلى صداق الأم وغيرها – كما هو فى زماننا – فيجب اعتباره " قال : " وأشار اللخمى وغيره إلى ذلك[٣] " .

والإمام الماوردى الشافعى البصرى حيث يقول : " إعلم أن العادات فى مهر المثل معتبرة ، فربما جرت عادة قبيلتها إذا نكحن فى عشائرهن خففن المهور ، وإذا نكحن فى غير عشائرهن ثقلن المهور . وهذا يكون من عادات القبيلة التى تشرف على غيرها . فإذا كانت من هؤلاء وكان الزوج من غير عشيرتها ، خف مهر مثلها ، وإن كان من غير عشيرتها ثقل مهر مثلها[٤] ..... " .

وابن قدامة الحنبلى المقدسىحيث يقول : " وقد يكون الحى وأهل القرية لهم عادة فى الصداق ورسم مقرر لا يشاركهم فيه غيرهم ، ولا يغيرونه بتغير الصفات ، فيكون الاعتبار بذلك دون سائر الصفات[٥] "

والله تعالى أعلم

---

(١) هو الإمام محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز أحمد بن عبد الرحيم ، الشهير بعابدين ، المعروف بابن عابدين ، المولود فى دمشق سنة ١١٩٨ هـ والمتوفى بها سنة ١٢٥٢ هـ ، أخذ عن الشيخ سعيد الحموى ، والشيخ محمد شاكر السالمى العمدى العقاد ، والشيخ الأمير المصرى ، وأجازه محدث الديار الشامية الشيخ محمد الكذبرى وأخذ عنه كثير من العلماء منهم الشيخ عبد الغنى الميدانى والشيخ حسن البيطار وأحمد أفندى الإسلامبولى . وله مؤلفات كثيرة منها " رفع الأنظار عما أورده الحلبى على الدر المختار " " والعقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية" و " نسمات الأسحار فى شرح المنار " (الأعلام ٤٢/٦ ، معجم المؤلفين ٧٧/٩ ، أ محمد صبحى حسن حلاف ، أ عامر حسين فى مقدمتهما لتحقيق رد المحتار على الدر المختار ٥٣/١ ط١ دار إحياء التراث العربى – بيروت – سنة ١٤١٩ هـ – ١٩٩٨ م) .

(٢) حاشية ابن عابدين ٢١٢/٤ .

(٣) مواهب الجليل ٢٠٢/٥ .

(٤) الحاوى ٤٩٢/٩ ، ٤٩٣ .

(٥) المغنى ٦٠/٨ .

الفرع الرابع

مهر المثل في قانون الأحوال الشخصية

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بالنص على ما يتعلق بمهر المثل من أحكام ، مما يدل على أن أمره متروك للقاعدة العامة القاضية بوجوب تطبيق أرجح الأقوال في مذهب الإمام أبي حنيفة طبقاً لنص المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (الملغى) والمادة الثالثة من ديباجة القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ – كما سبق أنه بينا –.

وعلى ذلك فمهر المثل – وفقاً للراجح الذي عليه الحنفيه وجمهور الفقهاء هو المهر الذي يرغب به في مثل الزوجة من أقاربها ، مع اعتبار التساوي في السن والجمال والمال والعصر والعقل والدين والبكارة والعلم والأدب وكمال الخلق والبلد وعدم الولد . ومع اعتبار حال الزوج كذلك .

والأقارب المقصودون هنا – وفقاً للراجح أيضاً الذي عليه الحنفية وجمهور الفقهاء . هم الأقارب من جهة الأب ، وهم المعبر عنهم بالعصبات فإن فقدن أو لم توجد منهن من تماثل الزوجة في صفاتها أو وجدن ولم ينكحن أو نكحن وجهل مهرهن فقد قال الحنفية : ينظر في قبيلة أخرى مثل قبيلة أبيها ، فإن لم توجد ، فالقول للزوج بيمينه .

ومهر المثل يثبت بشهادة عدلين أو عدل وامرأتين فإن لم يوجد شهود عدول ، فالقول للزوج بيمينه[1] .

والأحكام المذكورة هذه تكون حيث لا يوجد عرف يخالفها ، فإن وجد هذا العرف عمل به كما هو منصوص فقهاء الحنفية وغيرهم من أصحاب المذاهب .

***

(١) يلاحظ أن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قد نص في مادته التاسعة عشر على وسيلة إثبات مقدار المهر عند اختلاف الزوجين في مقداره وبين أنها البينة أو يمين الزوج كذلك فقال : " إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر ، فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهراً لمثلها عرفاً فيحكم بمهر المثل .

" وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما "

(الأحوال الشخصية طبقاً لأحدث التعديلات ص ١٠) . وهذا النص وإن كان يفيد نفس الحكم المبين في المتن إلا أنه خاص بإثبات المهر المتفق عليه عند الاختلاف فيه لا بإثبات مهر المثل .

المبحث الثاني

أحكام الدعوى بالمجهول في مجال النفقة الزوجية

في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية

سبق أن ذكرنا أن نفقة الزوجة حق لها في مال زوجها بإجماع الفقهاء . وأن الزوجة حين تدعي بها لا يلزمها بيان مقدارها لتعذر ذلك عليها ، ولأنها من الدعاوى التي يتوقف المطلوب فيها على تقدير القاضي[1] . وقد قال الإمام الغزي : " الدعوى بالمجهول تصح في مسائل منها : كل ما كان المطلوب فيه موقوفاً على تقدير القاضي ، فإن الدعوى بالمجهول تسمع فيه --- ومنها : الحكومات والمتعة ودعوى الكسوة والنفقة والأدم من الزوجة والقريب[2] " .

كما جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي [3] ضمن مسائل الدعوى بالمجهول : " الخامسة : النفقة ، تدعي بها الزوجة على زوجها من غير احتياج إلى بيان . ثم القاضي يوجب ما يقتضيه الحال من يسار وإعسار وتوسط . السادسة : الكسوة . السابعة : الأدم كذلك . الثامنة : اللحم كذلك ، ويلتحق بهذه الأربعة سائر الواجبات للزوجات " .

والواقع أن ما عده الإمام الغزي من الكسوة والنفقة والأدم ، وما أضافه إليها الإمام البلقيني – فيما نقله عنه السيوطي – من اللحم وسائر الواجبات للزوجات ، ما هي إلا مفردات لمعنى النفقة فلفظ النفقة وحده يشمل أو يعني هذه المفردات كما هو واضح من التعريف الاصطلاحي للنفقة[4] .

وعليه فإنني سأطلق على هذه الدعوى : دعوى نفقة الزوجة وفقط .

وفي مطلبين متواليين أبين ما يجب أن يحكم به في هذه الدعوى ، في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية على النحو التالي :

---

(١) راجع ص ٣٨٥ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٠٤ .

(٣) ص ٥٠١

(٤) حيث عرفت بأنها :كفاية من يمونه خبزاً وأدماً وكسوة ومسكناً وتوابعها.(الروض المربع ص٤١٤) فأصناف النفقة هي: الطعام والإدام والكسوة ومتاع البيت وآلة التنظيف والسكنى والخادم إن كانت الزوجة ممن تخدم.(التاج والإكليل ٥/ ٥٤١ ، ٥٤٣ الوسيط للغزالي ٣٠٣/٦ ،مغني المحتاج ٣/ ٥٤٢ ، ٥٤٣، حاشية البجيرمي على الأنصاري ١٤٣/٣) .

المطلب الأول

الحكم في دعوى نفقة الزوجة أو المعتدة في الفقه الإسلامي

إذا رفعت الزوجة أو المطلقة المعتدة دعوى بالنفقة على زوجها أو مطلقها ، حكم لها القاضي بالنفقة في إطار الحدود التي رسمها الشرع الحنيف وأجبر زوجها على دفعها لها . فإن أبى ، حبسه ، فإن صبر على الحبس ، أخذ الحاكم النفقة من ماله جبراً عنه ودفعها للزوجة[١] .

ولكن على أي أساس يقدر القاضي النفقة عند حكمه بها ؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلى مذهبين :

المذهب الأول : يرى أنصاره أن تقدير النفقة يكون على أساس حال الزوج يساراً و إعساراً و توسطاً . إلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة في ظاهر الرواية ، وبه قال جمع كثير من مشايخ الحنفية وصححه الكاساني ، وإليه ذهب الإمام مالك في رواية ، والشافعية والظاهرية ، والإمامية في رأي وبعض الزيدية وابن المنذر[٢] .

المذهب الثاني : يرى أنصاره أن تقدير النفقة يكون على أساس حال الزوجين معاً في العسر واليسر والتوسط ، وحال البلد والسعر ، وإلى هذا ذهب الحنفية في الصحيح المفتى به عندهم ، وبه قال المالكية والحنابلة وبعض الزيدية إلا أنهم قالوا : " فإن اختلفا فبحال الزوج يسراً وعسراً ، وقتاً وبلداً "[٣] .

---

[١] المغني ٢٤٦/٩ .

[٢] البدائع ٣٥/٤ ، حاشية ابن عابدين ٢٢٦/٥ ، الهداية والبناية ٤٩٢/٥ ، المهذب ٦٠٦/٤ ، الوسيط للغزالي ٢٠٤/٦ ، ٢٠٥ ، الحاوي ٤٢٣/١١ ، تكملة المجموع ٣٥٩/١٩ ، النوادر والزيادات ٥٩٦/٤ ، ٥٩٧ ، التاج والإكليل ٥/ ٥٤٣ وفيه نقلاً عن ابن عرفة تعقيباً على هذه الرواية عن مالك : " نقل ابن عبد السلام اعتبار حال الزوج فقط لا أعرفه " أهـ ، المحلى لابن حزم ٢٤٩/٩ ، ٢٥٠ ، الروضة البهية ٤٧٠/٥ ، ٤٧١ ، فقه الإمام جعفر ٣٢٣/٥ ، الروضة الندية ٧٥/٢ ، السيل الجرار ٤٤٨/٢ ، الإقناع لابن المنذر ١٥٣ .

[٣] تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين ٢٢٥/٥ ، ٢٢٦ ، البدائع ٣٥/٤ ، كنز الدقائق وتبيين الحقائق ٣/ ٥٠ ، مختصر خليل والتاج والإكليل ٥٤١/٥ ، ٤٥٣ ، ، بداية المجتهد ٦٦/٢ ، الذخيرة للقرافي ٤٦٥/٤ ، ٤٦٦ ، المغني والشرح الكبير ٢٣١/٩ ، المقنع والانصاف ٣٦٩/٩ ، منتهى الارادات٣٦٩/٢ ٣٧٠ ، الإقناع ١٣٦/٤ ، حدائق الأزهار مع السيل الجرار ٤٤٥/٢ ، الروضة الندية ٧٥/٢ ، ٧٦ ، هذا بالنسبة لسائر أنواع النفقات ما عدا القوت . أما عن القوت فقد صرح المالكية بأن للزوجة ما يكفيها منه وإن كانت أكولة جداً . قالوا : وهي مصيبة نزلت به ، فعليه كفايتها أو يطلقها ، ولا خيار له في فسخ النكاح وإمضائه ، وهذا ما لم يشترط كونها غير أكولة وإلا فله ردها ما لم ترض=

والفرق بين المذهبين :

يظهر فيما لو كان أحد الزوجين موسراً والآخر معسراً ، حيث إنهم قد اتفقوا على أنه إذا كان الزوجان موسرين فعلى الزوج نفقة الموسرين ، وإذا كانا معسرين فعليه نفقة المعسرين ، وإذا كانا متوسطين فعليه نفقة المتوسطين .

أما إذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً:

فعلى المذهب الأول : الاعتبار لحال الزوج فإن كان هو الموسر وهى المعسرة فعليه نفقة الموسرين ، وإن كان العكس فعليه نفقة المعسرين .

وعلى الثانى : الاعتبار بحالهما ، فعليه نفقة المتوسطين سواء كان هو الموسر وهى المعسرة أم العكس . ونفقة المتوسطين: فوق نفقة المعسرين ودون نفقة الموسرين[١].

الأدلة والمناقشات :

أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول على أن أساس تقدير النفقة هو حال الزوج يسراً وعسراً وتوسطاً بالكتاب والسنة :

أما الكتاب فمنه :

١- قوله تعالى ﴿ **لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها**[٢] ﴾ .

قالوا بأن هذا نص فى المدعى[٣] ، حيث إن وجوب النفقة على الزوج وهو المخاطب فى هذه الآية ، فوجب أن يكون الاعتبار بماله ، فإذا كان مُوَسَّعاً عليه أنفق نفقة موسعة ، وإن كان مضيقاً عليه أنفق بحسب قدرته وما تبلغ إليه استطاعته وليس عليه غير ذلك[٤] .

=بالوسط . أما إذا كانت قليلة الأكل ولو لمرض فليس عليه إلا ما تأكله . بينما ذهب بعضهم إلى أن الزوجة إن كانت أكولة فلا يلزم زوجها إلا المعتاد وإن كانت قليلة الأكل فلها المعتاد تصنع به ما تشاء (الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٢/ ٥٠٩ ، مختصر خليل ومواهب الجليل والتاج والإكليل ٥٤٣/٥ ، ٥٤٤ ، شرح منح الجليل ٤٣١/٢) .

(١) البدائع ٣٥/٤ ، حاشية ابن عابدين ٢٢٦/٥ ، تبين الحقائق ٥١/٣ ، المغنى والشرح الكبير ٥٣١/٩ .

(٢) من الآية ٧ من سورة الطلاق .

(٣) تبين الحقائق ٥١/٣ ، البدائع ٣٥/٤ / مغنى المحتاج ٥٤٣/٣ ، فتح الوهاب ١٤٤/٣ ، تحفة المحتاج ٣٠٢/٨ .

(٤) السيل الجرار ٤٤٨/٢ ، العناية ٣٨٠/٤ ، الحاوى ١١/ ٤٢٣ ، تكملة المجموع ٣٥٩/١٩ ، البناية ٤٩٢/٥ .

فاعتـــبار حالهمـــا زيـــادة موجبة لتغيير حكم النص ، إذ توجب الزيادة فى موضع يقتضـــى الـــنص فيه عدمها ، وعدمها فى موضع يقتضى النص فيه وجودها ، وذلك لا يجوز[١] .

وقد ناقش أصحاب المذهب الثانى هذا الاستدلال بأنه :

صـــحيح أن دلالـــة الآية الكريمة على أن الاعتبار بحال الرجل ، وأنه لا يمكن أن يكلف بما لم يؤت ، ونحن لم نخالفه ، لأننا قلنا بأنه إذا كان الزوج فقيراً والزوجة موسرة ، يسلم لها قدر نفقة المعسرات فى الحال ، ويبقى الزائد ديناً فى ذمته لها ، ولا يؤديه مع العجــز ، جمعاً بين مدلول هذه الآية الكريمة ومدلول قوله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة : " **خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف**[٢] " والذى يدل على اعتبار حالها عند تقدير النفقة ، فعملاً بالدليلين وجب اعتبار حالهما ، وهذا ليس فيه تكليف بما لم يؤت[٣] .

وأجيـب على ذلك : بأن هذه المناقشة غير صحيحة ، فإن دلالة الآية على اعتبار حال الزوج فى السعة والضيق أوضح من أن توضح والقول بأن الفقير ينفق على زوجته نفقـــة المعسرين ويظل مديناً لها بالباقى قول يفتقر إلى دليل ، وما نصبوه دليلاً من حديث هـــند رضــــى الله عنها لا يصلح لأن أبا سفيان رضى الله عنه كان رجلاً موسراً معروفاً باليســـر والسعة وقد علم النبى صلى الله عليه وسلم منه ذلك ، فوجه صلى الله عليه وسلم زوجته هنداً لأن تأخذ من ماله ما يكفيها ويكفى أولادها بالمعروف ، ولم ينص على حاله ، وهذا ليس فيه اعتبار حالها فإن الكفاية تختلف[٤] .

ثم إن الجمع بين الدليلين يكون واجباً إذا كان هناك تعارض بينهما وهذا الشرط مفتقد هنا ، لأن حديث هند خبر آحاد فلا يعارض الآية الكريمة[٥] .

فـإذا قـيـل : إن هـــذا الحديـــث تفســـير لقوله تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف**[٦] ﴾ **فيكون التعارض بين آية وآية**[٧] .

---

(١) شرح فتح القدير للكمال بن الهام ٣٨٠/٤ .

(٢) سبق تخريجه فى ص ٧٣ .

(٣) تبين الحقائق ٥١/٣ ؛ الهداية والعناية والفتح ٣٨٠/٤ ، ٣٨١ ، البناية ٤٩٣/٥ .

(٤) شرح فتح القدير ٣٨١/٤ .

(٥) العناية للبابرتى ٣٨١/٤ .

(٦) من الآية ٢٣٣ من سورة البقرة .

(٧) كما جاء فى العناية وحاشية سعدى جلبى ٣٨١/٤ ، والبناية ٤٩٣/٥ .

أجيب : بأن ذلك لا يتم ، فالمراد بهذه الآية كما قال ابن كثير : " وعلى والد الطفل نفقة الوالدات وكسوتهن بالمعروف أي بما جرت عليه عادة أمثالهن في بلدهن من غير إسراف ولا إقتار بحسب قدرته في يساره وتوسطه وإقتاره[١] " .

وعلى هذا الأساس كان توجيه النبي صلى الله عليه وسلم لهند رضي الله عنها بأن تأخذ من مال زوجها قدر كفايتها ، فإنه لم يوجهها لذلك إلا لعلمه بأن أبا سفيان رجل موسر .

وبهذا يعلم أنه لا تعارض بين الآيتين الكريمتين ، وعليه فلا يصح القول بوجوب الجمع بين الآية والحديث الشريف المفسر للآية الأخرى .

٢- قوله تعالى : ﴿ **على الموسع قدَرُه وعلى المقتر قدَرُه**[٢] ﴾

حيث قد بين الله تعالى أن كلا ينفق حسب ما يسر الله تعالى له ، فلا تكليف إلا في حدود الطاقة .

ونوقش هذا الاستدلال أيضاً بأنه غير صحيح ؛ لوجهين :

أحدهما : أن هذه الآية قد وردت في المتعة لا في النفقة كما هو واضح من قوله تعالى : ﴿ **ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره** ﴾ ، وفرق بين المتعة والنفقة ، لأن المتعة ليست مسلوكاً بها مسلك الكسوة ، بل هي بدل نصف المهر .

والثاني : أن قوله تعالى ﴿ **متاعاً بالمعروف** ﴾يقيده بالقدرتين أي على الموسع قدره مع قدرها ، وكذا الآخر ، وهذا لأن المعروف أن لا يدفع للموسرة ما يدفع للفقيرة[٣]

ويمكن أن يجاب عن هذه المناقشة من وجهين :

أحدهما : أنه إذا سلم أن هذه الآية قد وردت في المتعة لا في النفقة ، فإن هناك من الآيات ما هو ظاهر الدلالة على أن النفقة تكون على حسب حال الزوج يساراً وإعساراً ، نحو قوله تعالى : ﴿ **لينفق ذو سعة من سعته**[٤] ﴾ الآية ، وقوله تعالى ﴿**أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم**[٥] ﴾ كما سيأتي حالاً عقب هذا الجواب .

---

(١) تفسير ابن كثير ٢٨٣/١ ونحوه في تفسير القرآن الجليل المسمى بمدارك التنزيل وحقائق التأويل للنسفي ١٥٢/١ ط دار الكتب العلمية – بيروت – تفسير التحرير والتنوير لابن عاشور ٤٣٢/٢ طبع ونشر دار سحنون – تونس – .

(٢) من الآية ٢٣٦ من سورة البقرة . وانظر تبيين الحقائق ٥١/٣ .

(٣) شرح فتح القدير ٣٨١/٤ .

(٤) من الآية ٧ من سورة الطلاق .

(٥) من الآية ٦ من سورة الطلاق .

والثانى : أن القول بأن المتعة مقدرة بالقدرتين – قدرة الرجل وقدرة المرأة . قول غير صحيح ، وهو مخالف للراجح الذى عليه المالكية والشافعية فى المذهب ، وأحمد فى روايـــة والزيدية من أن المتعة لا حد لها فى قليلها ولا كثيرها وأن المرجع فى تقديرها هو اجـتهاد القاضى بناء على حال الزوج وحده من اليسار والإعسار – كما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى[١] – وعليه فهذه المناقشة لا وجه لها .

٣– قوله تعالى ﴿ **أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن**[٢] ﴾.

حيــث قد بينت الآية الكريمة أن سكن الزوجة يكون سكن الزوج وعلى قدر طاقته وإمكانـــه . قال ابن كثير : " يقول الله تعالى آمراً عباده إذا طلق أحدهم المرأة أن يسكنها فـــى مـــنزل حتى تنقضى عدتها فقال ﴿ **أسكنوهن من حيث سكنتم** ﴾ أى عندكم " من وجدكم " قال ابن عباس ومجاهد وغير واحد : يعنى سعتكم حتى قال قتادة : إن لم تجد إلا جنب بيتك فأسكنها فيه[٣] " .

وأما السـنة : فحديــث جابر رضى الله عنه الذى يقول فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم : ﴿ **ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف**[٤] ﴾ .

والمعروف من مآكل الناس وملابسهم أنه يكون على قدر مال الرجل[٥] .

أدلة المذهب الثانى :

اســتدل أصـــحاب المذهب الثانى على القول بأن نفقة الزوجة تقدر على أساس حال الزوجين معاً بالكتاب والسنة والمعقول :

---

(١) ف ص ٤٩٨.

(٢) من الآية ٦ من سورة الطلاق .

(٣) تفســير ابــن كــثير ٣٨٣/٤ ، ونحو هذا فى تفسير روح المعانى للآلوسى ١٣٩/٢٨ ، جامع البيان فى تفسير القرآن للطبرى ٩١/٢٨ ، تفسير الفخر الرازى ٣٦/٣٠ .

(٤) جــزء من حديث رواه مسلم فى صحيحه عن جابر رضى الله عنه فى كتاب الحج باب "١٩" حجة النبى صلى الله عليه وســلم ١٧٠/٨ وما بعدها (١٢١٨/١٤٧) وأبو داود فى سننه عن جابر أيضاً كتاب المناسك باب صفة حجة النبى صلى الله علــيه وســلم ١٨٢/٢ وما بعدها (١٩٠٥) وأحمد فى المسند ٧٢/٥ ، ٧٣ عن أبى حرة الرقاشى عن عمه رضى الله عنهما ، والطحاوى فى مشكل الآثار ٢١٢/٣ عن عمرو بن الأحوص رضى الله عنه .

(٥) المحلى لابن حزم ٢٥٠/٩ .

أما الكتاب والسنة :

فقوله تعالى : **﴿ لينفق ذو سعة من سعته ومن قُدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها[١] ﴾**

وقوله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة : " **خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف**[٢] "

حيث قد دلت الآية الكريمة على اعتبار حال الزوج عند تقدير النفقة ، ودل الحديث الشريف على اعتبار حال الزوجة ، فوجب الجمع بينهما بأن يكون حاله معتبراً من وجه وحالها كذلك ، فوجب اعتبار حالهما ، جمعاً بين الآية الكريمة والحديث الشريف[٣] " .

ونوقش هذا الاستدلال : بأن الجمع بين الآية الكريمة والحديث الشريف لا يصح ؛ إذ الجمع بين الأدلة لا يكون إلا عند التعارض بينهما ، والتعارض لا يمكن أن يقع بين آية وخبر آحاد[٤] .

وأجيب عن ذلك :

بأن التعارض فى الواقع ليس بين الآية الكريمة والحديث الشريف ، لكنه بين هذه الآية وآية أخرى جاء هذا الحديث تفسيراً لها ، وهى قوله تعالى : **﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾** فوجب الجمع بين هذين الدليلين[٥] .

لكن هذا الجواب مردود - كما سبق أن رأينا - بأن الحديث ليس تفسيراً لهذه الآية الكريمة **لسببين :**

أحدهما : أن المقصود بالمعروف فى هذه الآية كما قال المفسرون : " ما جرت عليه عادة أمثالهن فى بلدهن من غير إسراف ولا إقتار بحسب قدرته فى يساره وتوسطه وإقتاره[٦] " .

والثانى : أن الحديث جعل نفقة المرأة على قدر كفايتها ، ولم ينص على حال الزوج ، وهذا ليس فيه اعتبار لحالها ، فإن الكفاية تختلف عن الحال[٧] .

---

(١) من الآية ٧ من سورة الطلاق .

(٢) سبق تخريجه فى ص ٧٣ .

(٣) العناية والفتح ٣٨٠/٤ ، ٣٨١ ، البحر الرائق ١٧٣/٤ تبين الحقائق ٥١/٣ ، البناية ٤٩٣/٥ ، ٤٩٤ ، المغنى والشرح الكبير ٢٣٢/٩ ، المبدع ١٨٦/٨ ، شرح منتهى الإرادات ٢٤٤/٣ .

(٤) العناية مع الفتح ٣٨١/٤ ، البناية ٤٩٣/٥ .

(٥) المرجعان السابقان .

(٦) تفسير ابن كثير ٢٨٣/١ ، ونحوه فى تفسير التحرير والتنوير لابن عاشور ٤٣٢/٢ ، تفسير البغوى ٢١٢/١ ، فتح القدير للشوكانى ٢٤٥/١ ط دار المعرفة - بيروت .

(٧) فتح القدير ٣٨١/٤ .

وأما المعقول فهو : أن النفقة تجب بطريق الكفاية ، والفقيرة لا تحتاج إلى نفقة الموسرات فلا معنى للزيادة نظراً لحال الزوج[1] .

ويناقش هذا الاستدلال : بأنه اجتهاد فى مقابلة نص ، بل نصوص صريحة تثبت وتؤكد أن النفقة تكون على حسب حال الرجل ، ومثل هذا الاجتهاد لا يكون مقبولاً .

وقولهم : " لا معنى للزيادة على نفقة المعسرات نظراً لحال الزوج " قول لا يستقيم مع منطق الشرع الحنيف ، الذى أوجب على الرجل أن تكون معاشرته لزوجته بالمعروف فى قوله تعالى : ﴿ **وعاشروهن بالمعروف**[2] ﴾. وهل من المعروف أن يتنعم الزوج برغد العيش وبحبوحة الرزق ، وزوجته قرينة حياته ترسف فى أغلال شظف العيش وضيق الرزق بحجة أنه موسر وهى معسرة ؟ كيف وقد أوصى الإسلام الرجل بأن يطعم خادمه مما يطعم ويلبسه مما يلبس ، وذلك واضح من نص حديث المصطفى صلى الله عليه وسلم المتفق عليه ، فعن المعرور بن سويد قال : لقيت أبا ذر بالربذة وعليه حلة وعلى غلامه حلة فسألته عن ذلك فقال : إنى ساببت رجلاً فعيرته بأمه فقال النبى صلى الله عليه وسلم : " **يا أبا ذر ، أعيرته بأمه ؟ إنك امرؤ فيك جاهلية ، إخوانكم خولكم ، جعلهم الله تحت أيديكم ، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ، وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم ، فإن كلفتموهم فأعينوهم**[3] " .

فهل تنزل الزوجة منزلة دون منزلة الخادم ؟

المذهب المختار :

بعـــد هذا العرض لآراء الفقهاء وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات وأجوبة أرانى أمـــيل إلـــى ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول ، من القول بأن نفقة الزوجة تكون على

---

(١) الهداية والعناية ٣٨١/٤ ، البناية ٤٩٣/٥ ، .

(٢) من الآية ١٩ من سورة النساء .

(٣) رواه الأئمة : أحمد فى مسنده ١٦١/٥ ، والبخارى فى صحيحه كتاب الإيمان باب (٢٢) المعاصى من أمر الجاهلية ١/ ١٠٦ "٣٠" وكـتاب الأدب بـاب(٤٤) مـا يـنهى عن السباب واللعان ١٠/ ٤ (٦٠٥٠) مع الفتح ، ومسلم فى صحيحه كتاب الإيمان باب (١٠) إطعام المملوك مما يأكل والباسه مما يلبس ١٣٢/١١ وما بعدها (٣٨ / ١٦٦١ ، ٣٩ ، ٤٠) وأبو داود فى سننه كتاب الأدب باب فى حق المملوك ٣٤٠/٤ (٥١٥٧) ، والبيهقى فى كتاب النفقات باب تسوية المـالك بين طعامه وطعام رقيقه ٧/٨ والبغوى فى شرح السنة كتاب العدة باب نفقة المماليك ٣٣٩/٩ ، ٣٤٠ . واللفظ للبخارى .

حسـب حال الزوج يساراً وإعساراً ، وذلك لقوة أدلتهم وصحتها وسلامتها من المعارضة وضعف أدلة المخالفين .

ولأن هذا ما تقتضيه المعاشرة بالمعروف المأمور بها في قوله تعالى **﴿وعاشروهن بالمعروف[1] ﴾** فـلا يمكن أبداً أن يكون من المعروف تحميل الرجل فوق طاقته ولو فى صـورة (ديـن) إن كان هو المعسر ، وكذلك لا يمكن أن تلزم الزوجة بأن تعيش فى مستوى دون مستوى زوجها إن كان هو الموسر ، فهذا ليس من المعروف فى شئ .

ولأن هـذا أيضـاً يعتبر أساساً لدوام السكن والمودة والرحمة التى هى ثمرة الزواج السعيد كما بين الله تبارك وتعالى ذلك على سبيل الامتنان في قوله تعالى **﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون[2] ﴾**.

وأثر التكافل الأسرى فى بناء هذه المعانى النبيلة وتقويتها أوضح من أن يوضح . وبوجود هذه المعانى تتماسك الأسرة ، ويتوحد أفرادها ، وبتماسك الأسر يتماسك المجتمع بـلا شـك ، لأن الأسـرة هى اللبنة الأولى فى بناء المجتمع أو الخلية الأولى فى جسم الاجتماع البشرى ، وبذلك يتحقق قول الله تعالى **﴿ واعتصموا بحبل جميعاً ولا تفرقوا﴾** [3]

كما أن هذا يعتبر أساساً لرضاء الله تبارك تعالى بما يحمله هذا الرضا من آثار طيبة للأسـرة المسـلمة وفى الأثر : " لو تواصل أهل البيت الواحد ، لبسط الله عليهم الرزق وعاشوا فى كنف الرحمن".

أما القول بخلاف ذلك ، فإنه يمكن أن يحدث خللاً فى البناء الهيكلى للأسرة ، إذ كـيف نرقـب السكن والمودة والرحمة ومن ثم التماسك والتوحد بين أفراد أسرة يقيمون فوارق طبقية بينهم وبين بعضهم ، فالزوج الموسر يختص بكادر مخصوص للإنفاق على نفسـه بمعزل عن زوجته (المعسرة) والزوجة الموسرة تدين زوجها (المعسر) بباقى النفقة الواجبة لها !! كيف توجد الرحمة والمودة والرجل ينعم بما لذ وطاب ويتحلى بأفخر الثياب ، فى حين أن زوجته شريكة حياته ترسف فى أغلال الفقر المدقع ما لها إلا خشن الطعام وخشن الثياب ؟ وكيف يحلو للإنسان أن يسكن إلى زوجته ويطمئن إليها ويعاشرها معاشرة الأزواج وهو يشعر بأنه مدين لها بتمام نفقة الموسرات ؟ كيف ؟ وما تأثير علاقة

---

(١) من الآية ١٩ من سورة النساء.

(٢) الآية ٢١ من سورة الروم .

(٣) من الآية ١٠٣ من سورة آل عمران .

من هذا النوع بين الزوجين على أولادهما وعلى سلوكهم ؟ بل كيف ينسجم ذلك مع قواعد الأخـــلاق التي جاءنا بها الدين الحق وعلي رأسها وجوب أن يضع كل منا نفسه موضع الآخر ، فيحب له ما يحب لنفسه ويكره له ما يكره لنفسه ، ومن هنا يكمل إيمان المرء ، حيث يقول صلى الله عليه وسلم : " **لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه**[١] "

كيف وقد قرر الحق تبارك وتعالى أن الفقر والغنى بين يديه وحده سبحانـــــه فقال ﴿**الله يبسـط الـرزق لمن يشاء ويقدر**[٢] ﴾ وقرر كذلك أن الأيام دول وأن فقير اليوم لا يبعد أن يكون غنى الغد ، والعكس صحيح فقال : " وتلك الأيام نداولها بين الناس[٣] " ؟

ثـــم إن الزواج إذا تم بين زوجين غير متكافئين مادياً ، فإما أن يكون عدم التكافؤ مـــن جهـــة الـــزوجة ، بأن تكون هي المعسرة وهو الموسر ، وفى هذه الحالة لا بد وأن يرتقى بزوجته إلى مستوى يسره انصياعاً لأمر الله تعالى فى قوله : ﴿**لينفق ذو سعة من سعته**[٤] ﴾ ﴿ **أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن عليهن**[٥] ﴾ . وإما أن يكون عدم التكافؤ من جهة الزوج ، بأن يكون هو المعسر وهى الموسرة ورضاها به زوجـــاً وهو على هذا الحال ، يوجب عليها أن تصبر على عسره ، وأن تتحمل معه من ضـــيق الحياة أو أن توسع على نفسها من مالها ، بل إن قواعد الأخلاق تدعوها لأن توسع على زوجها هو الآخر من مالها[٦] ....

(١) رواه الإمام أحمد والشيخان بسندهم إلى أنس بن مالك رضى الله عنه ، واللفظ للبخارى . وزاد أحمد ومسلم : " أو قال لجاره " . (مسند الإمام أحمد ٢٧٣/٣ ، صحيح البخاري مع فتح البارى كتاب الإيمان باب (٧) من الإيمان أن يحب لأخيه مـــا يحب لنفسه ٧٣/١ (١٣) ، صحيح مسلم كتاب الإيمان باب الدليل على أن من خصال الإيمان أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه من الخير ٤٩/١ – دار المعرفة – بيروت –) .

(٢) من الآية ٢٦ من سورة الرعد .

(٣) من الآية ١٤٠ من سورة آل عمران .

(٤) من الآية ٧ من سورة الطلاق .

(٥) من الآية ٦ من سورة الطلاق .

(٦) تجـــدر الإشارة إلى أن ابن حزم الظاهرى – رحمه الله – قد أوجب على الزوجة أن تنفق على زوجها من مالها إذا عجز عن الإنفاق على نفسه وكان حراً وليس له ولد موسر أو والد موسر حيث قال : " فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنـــية كلفـــت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشئ من ذلك إن أيسر ، إلا أن يكون عبداً فنفقته على سيده لا على امرأته . وكذلـــك إن كـــان للحر ولد أو والد فنفقته على ولده أو والده ، إلا أن يكونا فقيرين . برهان ذلك : قول الله عز وجل «**وعلى المولـود له رزقهـن وكسـوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولـود له بولـده وعلـى الوارث مثل ذلك**" قال على : الزوجة وارثة ، فعليها نفقته بنص القرآن " أهـــ (المحلى لابن حزم ٢٥٤/٩) .

تعاونـــاً معه على البر والتقوى ، انصياعاً لأمر الله تعالى فى قوله ﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى**[١] ﴾ وتحقـــيقاً لقـــاعدة الغـــرم بالغنم ، خاصة وقد قال بعض الفقهاء فى سياق اســـتدلالهم على وجوب الحجر على الحرة الرشيدة[٢] : " إن حق الزوج متعلق بمَا لِها ؛ لأن ما لها فى الغالب مقصود فى عقد نكاحها ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " **تـنكح المرأة لأربـع : لمالهـا ولحسبها ولجمالها ولدينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك**[٣] " قـــالوا : والعـــادة جاريـــة بزيادة صداقها لكثرة مالِهَا ، وقلته لقلة ما لِهَا وعلى أن الزوج يتبسط فى مالها وينتفع به[٤].. "

هذا والله أعلم .

ﷻﷻﷻﷻﷻﷻ

(١) من الآية ٢ من سورة المائدة .

(٢) وهو رأى عمر بن الخطاب رضى الله عنه وشريح والشعبى وإسحاق وطاووس وأحمد فى رواية ، والإمام مالك .
بيـــنما ذهب جمهور الفقهاء : الحنفية والشافعية والحنابلة فى ظاهر المذهب وعطاء والثورى وأبو ثور وابن المنذر والظاهرية والـــزيدية والإمامـــية إلى أن المرأة الحرة إذا بلغت مصلحة لمالها ودينها ، فُك عنها الحجر ودُفع إليها مالها ، وكان لها مطلق الحرية فى التصرف فيه ، سواء بالتبرع أو بالمعاوضة . وهذا هو الراجح فقهاً . (راجع : الفتاوى الهندية ٦١/٥ ، فتح العزيز ٢٠٢/٨ ط دار إحـــياء الـــتراث العربى – بيروت – مواهب الجليل والتاج والإكليل ٦٧/٥ وما بعدها ط دار الفكر سنة ١٣٩٨ هــــ – ١٩٧٨ م – شـــرح الخرشى ٢٩٥/٥ ، ٢٩٦ ، شرح منح الجليل ١٧٦/٣ ، ١٧٧ أسنى المطالب ٢/ ٢٠٨ ، زاد المحتاج١٩٠/٢ ، شرح منتهى الإرادات ٢٩٦/٢ ، المبدع ٣٣٥/٤ ، المغنى ٥٦٠/٤ ، ٥٦١ المحلى لابن حزم ٢٧٨/٨ ، ٢٧٩ ط دار الآفاق الجديدة – بيروت – البحر الزخار ٩٣/٥ ، المبسوط للطوسى ٢٨٥/٢ ، سبل السلام ٣/ ٨٢ ، تحقيق ودراسة أبواب التفليس والحجر والصلح والحوالة من كتاب البيان للإمام العمرانى ، رسالة ماجستير مقدمة من شعبان الكومى فايد ٤٨٦/٢ وما بعدها) .

(٣) مـــتفق عليه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه . (صحيح البخارى مع الفتح كتاب النكاح باب (١٥) الإكفاء فى الدين ٣٥/٩ (٥٠٩٠) ، صحيح مسلم بشرح النووى كتاب الرضاع باب (١٥) استحباب نكاح ذات الدين ٥١/١٠ (٥٣/ ١٤٦٦)

(٤) الذخيرة ٢٥١/٨ ، المغنى ٥٦٢/٤ .

المطلب الثانى

الحكم فى دعوى نفقة الزوجة
فى قانون الأحوال الشخصية

أخذ قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ برأى جمهور الفقهاء فى كيفية تقدير نفقة الزوجة ، فنص فى المادة ١/١٦ منه على أن : " تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أو عسراً ، على ألا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية[١] " .

وكان المعمول به من قبل صدور هذا القانون هو ما ذهب إليه الحنفية فى الصحيح المفتى به عندهم والمالكية والحنابلة وبعض الزيدية من القول بأن المعتبر فى تقدير النفقة هو حال الزوجين معاً فى العسر واليسر والتوسط[٢] .

ولما كان هذا المذهب مرجوحاً - كما رأينا - ومتعارضاً مع نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة فقد تم العدول عنه منذ ذلك التاريخ إلى مذهب الجمهور .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون : " كان المتبع إلى الآن فى تقدير نفقة الزوجة على زوجها أن يراعى فى ذلك حال الزوجين يساراً وإعساراً وتوسطاً ، فإن اختلف حال الزوجين بأن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً ، قدر للزوجة نفقة المتوسطين فإذا كان الزوج هو الموسر أمر بأداء ما فرض ، وإن كان هو المعسر ، أمر بأداء نفقة المعسرين والباقى يكون ديناً عليه يؤديه إذا أيسر .

وبما أن هذا الحكم ليس متفقاً عليه بين مذاهب الأئمة الأربعة فمذهب الشافعى ورأى صحيح فى مذهب أبى حنيفة ، لا تقدر نفقة الزوجة إلا باعتبار حال الزوج مهما

---

(١) الأحوال الشخصية للمسلمين طبقاً لأحدث التعديلات ص ٨ . وقد أخذ بهذا الرأى أيضاً قانون الأحوال الشخصية السورى ، حيث نص فى المادة ٧٦ منه على أن : " تقدر النفقة للزوجة بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة ، على أن لا تقل عن الحد الأدنى لكفاية المرأة " (شرح قانون الأحوال الشخصية د. مصطفى السباعى ٢٠٥/١)

(٢) أصول المرافعات الشرعية للمستشار أنور العمروسى ص ٢٢١ ، الأحوال الشخصية للإمام أبى زهرة ص ٢٣٩ ، ٢٤٠ . وهذا الرأى هو المعمول به حتى الآن فى تركيا وفى المحاكم السنية بلبنان ، حيث قضت المادة ٩٩ من قانون حقوق العائلة التركى والمعمول به فى لبنان على أنه : " إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة . يقدر الحاكم النفقة حسب حال الطرفين اعتباراً من يوم الطلب . ويأمر بإعطائها سلفاً عن المدة التى يعينها " .

كما يأخذ به أيضاً قانون الأحوال الشخصية العراقى ، حيث تنص المادة ٢٧ منه على أن : " تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتيهما يسراً وعسراً " (أحكام الأسرة فى الإسلام أ . محمد مصطفى شلبى ص ٤٣٢) .

كانـت حالة الزوجة استناداً إلى صريح الكتاب الكريم **﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا[١] ﴾**

وبما أنه **لا** يجب أن تأخذ الزوجة من زوجها أكثر مما يقدر عليه لأنها تعاقدت معه علـى أن ينـفق عليها مما يستطيع حسب اختلاف الأزمان والأحوال فكان من المصلحة الأخـذ بمذهـب الشافعى والرأى الآخر من مذهب أبى حنيفة فى تقدير نفقة الزوجة على زوجها ولهذا وضعت المادة ١٦ من المشروع[٢] .

وعلى ذلك فالمـرجع فـى تقدير نفقة الزوجة هو حال الزوج المالية من اليسر والعسـر ، وهـذا أمر نسبى ، غاية الأمر أن النفقة إذا كانت عن مدة ماضية على تاريخ الحكم وتغيرت حال الزوج كان تقديرها على قدر حاله وقت الاستحقاق لا وقت القضاء .

وقـد استوجب القانون فى هذه المادة ألا تقل نفقة الزوجة فى حالة العسر عن القدر الـذى يفـى بحاجتها الضرورية ، وهذا القدر هو ما يعبر عنه فى العرف القضائى بنفقة الفقراء لا أن يكون فوق طاقته ، لأن المعيار هو قوله تعالى **﴿ لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله [٣] ﴾** .

وتقـدر الـنفقة كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو كل سنة حسب أحوال الزوج والأيسـر له أداء ، فإذا كان من عمال اليومية فرضت عليه كل يوم أو كل أسبوع . وإذا كان من أصحاب المرتبات فرضت عليه كل شهر ، وإذا كان من الزراع فرضت عليه فى أوقـات الحصاد وهكذا . إلا إذا شكت الزوجة المطل إذا طالت المدة فإنه يفرض لها فى مدة لا تخشى فيها مطلاً .

والجارى عليه العمل الآن فى المحاكم المصرية أنه تفرض النفقة كل شهر ليُسر الشـهر على أكثر الناس ، ولأن المدة فيه لا تطول بحيث تخشى الزوجة المطل ويفرض القاضى النفقة كلها مقدرة بمقدار كل شهر ، وتكون بدل طعامها وكسوتها وأجرة مسكنها إن لـم يكن قد أعد لها مسكناً ، وإن كان قد أعد مسكناً ودعاها إلى الطاعة فيه فرض لها

---

(١) الآية ٧ من سورة الطلاق .

(٢) الأحوال الشخصية طبقاً لأحدث التعديلات ص ٢٠ ، ٢١ .

(٣) المرجع السابق ص ٥١ ، موسوعة الأحوال الشخصية للمستشار معوض عبد التواب ص ٤٣٩ .

القاضى بدل الطعام والكسوة كل شهر . وأحياناً يفرض بدل الطعام كل شهر ويجعل بدل الكسوة هو وما قدره للطعام شهرياً أو أكثر منه أو أقل على أن يدفع كل ستة أشهر[١] .

وقد تقدر نفقة الطعام أصنافاً ، بأن تعطى من القمح كذا وكذا ، لكن لا يعمل بهذا فى مصر[٢] .

ما استحدثه القانون فى هذا المجال :

هذا وقد استحدث القانون حكمين فى هذا الصدد :

أحدهما : يقضى بوجوب الحكم بنفقة مؤقتة للزوجة ولصغارها خلال أسبوعين من تاريخ رفع الدعوى بها متى قام سببها وتوافرت شروطها .

والثانى : عدم جواز تنفيذ حكم نفقة العدة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق .

أما الأول فقد نصت عليه الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث قالت : " وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

" وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذى يفى بحاجتهم الضرورية[٣] "

وقد أورد المقنن كما هو واضح عبارة " واجب النفاذ " مرتين : الأولى بالنسبة لحكم النفقة المؤقت والأخرى : لحكم النفقة الموضوعى أى النهائى الذى يصدر بعد دراسة كافة أركان الدعوى .

ولقد كانت الأحكام الصادرة بأداء النفقات من حالات النفاذ المعجل المتروكة لتقدير القاضى .

وبصدور هذا النص أصبح النفاذ المعجل لأحكام النفقة واجباً بقوة القانون[٤] .

---

(١) الأحوال الشخصية للإمام أبى زهرة ص ٢٤٠، أصول المرافعات الشرعية للمستشار أنور العمروسى ص ٢١٩ ، ٢٢٠ .

(٢) الأحوال الشخصية للإمام أبى زهرة ص ٢٤١ .

(٣) الأحوال الشخصية طبقاً لأحدث التعديلات ص ٩ .

(٤) موسوعة الأحوال الشخصية للمستشار معوض عبد التواب ص ٤٣٩ .

والحكمة من ذلك : أن المحكوم به نفقة ، وهي غالباً المصدر الرئيسي - إن لم تكن الوحيد - للتعيش بحيث لا تحتمل التأخير في الحصول عليها ، لذلك فرغم أن الحق لم يتأكد بعد إلا أن ضرورة الإسراع في التنفيذ تعلو على انتظار التأكيد ، حتى لا تترك الزوجة مدة يطول فيها القاضي دون أن يكون لها مورد تعيش منه[١] .

لكن للزوج بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة ١٦ أن يجرى المقاصة بين ما دفعه لمطلقته من نفقة مؤقتة وبين ما حكم عليه به نهائياً فيستقطع من النفقة المحكوم بها نهائياً مقدار ما تم دفعه بمقتضى الحكم المؤقت شريطة ألا يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها في هذه الحالة عن الحد الأدنى الذي يسد احتياجاتهم الضرورية[٢] .

هذا بالنسبة للحكم الأول الذي استحدثه القانون .

أما بالنسبة للحكم الثاني وهو عدم جواز تنفيذ حكم نفقة العدة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق ، فقد تضمنه نص المادة ١/١٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث قال : " لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق[٣] " .

وقد جاء هذا الحكم مكملاً للحكم الذي تضمنه نص المادة ١/١٧ القاضي بعدم جواز سماع الدعوى بنفقة العدة بعد فوات سنة من تاريخ وقوع الطلاق . وذلك مبني على قاعدة جواز تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة . وعلى ما ثبت من تقرير الطبيب الشرعي من أن أقصى مدة الحمل سنة .

وتقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون : " ونظراً لأن أحكام النفقة تقدر من غير تحديد مدة ، فقد رؤى أنه من اللازم وضع الفقرة الأولى من المادة ١٨ مكملة المادة ١٧ لمنع تنفيذ أحكام النفقات بعد مضي سنة من تاريخ الطلاق[٤] " .

وهذا التحديد لا يعد شرعاً تحديداً لمدة العدة ، وإلا لكان نسخاً لما هو ثابت بالقرآن الكريم ، ولكنه فقط محاولة من المقنن لمنع المطلقات من الاستيلاء على ما ليس من حقهن

---

(١) التنفيذ الجبرى د. فتحي والي ص ٦٤ ط ١٩٧٥ ، التنفيذ الجبرى د. أحمد أبو الوفا ص ٨٨ط ١٩٧٦ ، محاضرات في التنفيذ الجبرى د. أحمد خليل ص ٦٤ ط ١٩٩٠ ، الأحوال الشخصية طبقاً لأحدث التعديلات ص ٥٢ ، شرح قانون الأحوال الشخصية د . مصطفى السباعي ٢٠٧/١ .

(٢) الأحوال الشخصية طبقاً لأحدث التعديلات ص ٥٢ .

(٣) الأحوال الشخصية طبقاً لأحدث التعديلات ص ٩ .

(٤) الأحوال الشخصية طبقاً لأحدث التعديلات ص ٢٢ .

، فحقهن فى النفقة يقتصر على مدة العدة فقط . وقد وضح لنا أن هذه المدة يمكن للمطلقة أن تكتمها مدة طويلة نكاية فى مطلقها ورغبة فى ابتزاز أمواله بدون وجه حق ، ومن هنا قـدر المقنـن للنفقة مدة سنة ميلادية كاملة من تاريخ الطلاق . فإذا أقرت المطلقة بانتهاء العدة خلال هذه السنة بسبب شرعى ، سقطت نفقتها ، وإلا استمرت حتى نهاية السنة فإذا مـا انتهـت السنة واستمر المطلق فى دفعها غلطاً أو بالتنفيذ الجبرى ، كان له الحق فى استرداد ما دفعه زائداً على نفقة السنة[1] .

ولا ينبغى أن يفهم استهلال المقنن لنص المادة ١/١٨ بعبارة " لا يجوز تنفيذ " على أن الخطـاب فيها موجه إلى الكافة بما فيهم المحكوم لها والقائمون على التنفيذ والمحجوز تحـت يدهم . ولكنه فى الحقيقة موجه إلى الزوج ، فإنه له أن يحتج بحكم هذه المادة عن طـريق الدفـع بـه فيما ترفعه مطلقته ضده من دعاوى ، أو الاستشكال فى التنفيذ ، أو الالـتجاء إلى القضاء بالطلب لاستصدار حكم بكف يد مطلقته عن التنفيذ بحكم النفقة ، أو إبطال المقرر لها ويكون الحكم الصادر بذلك سنداً له فى منع التنفيذ بحكم النفقة كما يكون أيضـاً بعـد إعلانـه لجهة الإدارة القائمة على تنفيذ حكم النفقة إذا لم يكن قد صدر فى مواجهتها ، سنداً لتلك الجهة فى الامتناع عن اقتطاع النفقة للمطلقة . وبغير ذلك لا يتأتى للمحكـوم عليه بالنفقة أن يجبر جهة الإدارة المنوط بها تنفيذ الحكم على وقف تنفيذه ، لما فى ذلك من إهدار للحجية الواجبة للأحكام القضائية ، وتعليق مصيرها على مشيئة القائم باستقطاع النفقة من مرتب الزوج وتقديره توافر شروط إعمال هذا النص أو تخلفها[2] .

---

(١) الأحـوال الشخصـية للمستشار أحمد نصر الجندى ص ١٦٨ ، موسوعة الأحوال الشخصية للمستشار معوض عبد التواب ص ٤٤٣ ، الأحوال الشخصية للإمام أبي زهرة ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ .

(٢) نقض أحوال شخصية ١٩٧٨/٢/١ طعن رقم ٣٧٨ لسنة ٤٣ ق – موسوعة دائرة المعارف القانونية للأستاذ . ياسر نصار ٦١٨/١ ، ٦١٩ .

الفصل الثاني
أحكام الدعوى بالمجهول في مجال حقوق الأقارب في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية

تمهيد :

الأقارب جمع قريب . والقريب هو الداني في المكان أو الزمان أو النسب.

وفي التنزيل : "**إن رحمة الله قريب من المحسنين**"[1]. والمقصود هنا : الداني في النسب[2].

وللأقارب تجاه بعضهم حقوق كثيرة من أهمها : النسب والنفقة .

وقد سبق أن عرفنا المقصود بالنفقة[3].

أما النسب فمعناه : اتصال شخصي بغيره لانتهاء أحدهما في الولادة إلى الآخر ، ولانتهائهما إلى شخص ثالث[4].

أو بعبارة أخرى : الرابطة التي تربط الإنسان بغيره من جهة الدم[5].

وهذان الحقان تتصور فيهما الدعوى بالمجهول ؛ لأن نسب الإنسان قد يكون مجهولاً مع أنه في الحقيقة له نسب شرعي ، لكن حال بينه وبين علمه أو علم الناس به حائل ما أو ظرف ما .

وهذا النسب المجهول يثبت بطرق معينة ، منها : الدعوى به ، وتسمى دعوى النسب المجهول[6].

---

(١) من الآية ٥٦ من سورة الأعراف .

(٢) لسان العرب مادة "قرب" ٦٦٢/١ ، ٦٦٣ ، الصحاح ١٩٨/١ ، ١٩٩ ، المعجم الوجيز ص ٤٩٥ .

(٣) في صـ ٤٣٨.

(٤) مفتاح الكرامة للشيخ محمد الجواد بن محمد الحسني ٨/٦ – مطبعة الشورى – مصر – .

(٥) موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام لفضيلة الشيخ عطية صقر ٨١/٤ .

(٦) وتسمى أيضاً : دِعْوة النسب المجهول ، والإقرار بالنسب المجهول ، واستلحاق النسب المجهول ، واستيلاد النسب المجهول . لكن هذا الأخير قد خصه الفقهاء بطلب الولد من الأمة ، أي بما إذا ادعى رجل أن هذا ابنه من أمته . (البدائع ٣٨٢/٦ ، الدر المختار ورد المحتار ٣٥٩/٥ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤١٢/٣ ، ٤١٥ ، الحاوي ٩٢/٧ وما بعدها ، البيان للعمراني ٢٣/٨ ، ٤٧٥/١٣ ، مغني المحتاج ٣٤٩/٢ وما بعدها ، المغني ٣٢٧/٥ ، زاد المعاد لابن القيم ٢٠٤/٤ ، ٢٠٥ تحقيق محمد عبد القادر عطا ط دار التقوى – القاهرة . سنة ١٤٢٠هـ – ٢٠٠٠م).

وهناك طريقان آخران متفق عليهما لإثبات النسب هما : الفراش والبينة ويقصد بالفراش : صيرورة المرأة فراشاً للرجل ، أي كونها بحيث ينسب الولد منها إذا جاءت به . أو بعبارة أخرى : الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد ، أو كون المرأة معدة للولادة من شخص معين . كما أن هناك طريقاً آخر مختلف فيه بين الفقهاء ،وهو القيافة–الشبـــــه–

وهــذه الدعوى واجبة على كل من أيقن من نفسه انتساب غيره إليه ، أو انتسابه إلى غيره من طريق مشروع ، كالزواج أو ملك اليمين ، حتى تؤدى الحقوق إلى أصحابها ، وتصـــان الأعـــراض ، وتحفظ الحرمات . فمن الجرم الموجب للعقاب الأليم أن يحجد الــرجل ولده وهو يعلم أنه ولده ، ومن الجرم كذلك المفسّق والموجب للعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، أن يتبرأ الولد من لُحمة نسبة وهو يعلمها ، وينتسب إلى غيرها .

فقد قال صلى الله عليه وسلم : "**أيمـا امرأة أدخلت على قوم رجلاً ليس منهم ، فليســت من الله فى شئ ولا يدخلها الله الجنة ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه ، احتجب الله عز وجل منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة**"[(١)].

وقال صلى الله عليه وسلم : "....**ومـن والى قوماً بغير إذن مواليه ، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يُقبل منه يوم القيامة صرف ولا عدل** ......"[(٢)].

وصح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : "**ليس من رجل ادعى لغير أبيه وهو يعلمه إلا كفر** ..."[(٣)].

=وهناك أيضاً طرق تثبت بها أحكام كأحكام النسب الحقيقى ، كولاء العتاقة – وهو عصوبة سببها نعمة المعتق مباشرة أو سراية أو شرعاً كعتق أصله وفرعه – والرضاع ، وطرق أخرى فيها خلاف كبير ، كولاء الموالاة – وهو عقد بين اثنين على أن يعقـــل كـــل منهما عن الآخر ، أى يدفع عنه دية جناياته ، وأن يتوارثا – ، والزنا والتلقيح الصناعى وكل هذه الطرق خارجة عن مجال بحثنا . (راجع : البدائع ٣٦٨/٦ وما بعدها ، تبيين الحقائق ٣٨/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد ٤٢٢/٢ وما بعدها ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٧٢/٣ وما بعدها ، ٢٥٧ وما بعدها ، الحاوى ٨٦/٧ وما بعدها ، مغنى المحتاج ٣/ ٦ ، المغـــنى ٣٢٥/٥ ومـــا بعدهـــا ، ٤٢٠/٦ وما بعدها ، زاد المعاد لابن القيم ٢٠٤/٤ وما بعدها ، الأسرة تحت رعاية الإســـلام لفضـــيلة الشيخ عطية صقر ٩٧/٤ وما بعدها ، أحكام الأسرة فى الإسلام أ.محمد مصطفى شلبى ص ٦٨٣ وما بعدهـــا ، أحكام النسب وطرق إثباته ونفيه فى الشريعة الإسلامية – رسالة دكتوراه فى الفقه المقارن مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٤٠٦هـــ – ١٩٨٦ ، إعداد د.على محمد يوسف المحمدى ص ٦٣ وما بعدها) .

(١) رواه النسائى فى سننه كتاب الطلاق باب التغليظ فى الانتفاء من الولد ١٧٩/٦ ، ١٨٠ واللفظ له ، وأبوداود فى سننه كتاب الطلاق باب التغليظ فى الإنتفاء ٢٧٩/٢ (٢٢٦٣) والدارمى فى سننه كتاب الرؤيا باب من جحد ولده وهو يعرفه ٢٠٤/٢ (٢٢٣٨) والبـــيهقى فى سننه كتاب اللعان باب التشديد فى إدخال المرأة على قوم من ليس منهم وفى نفى الرجل ولده ٤٠٣/٧ ، والحاكم فى المستدرك كتاب الطلاق باب مسألة اللعان ٢٠٢/٢ ، ٢٠٣ وقال : "هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه" ووافقه الذهبى فى التلخيص ٢٠٢/٢ ، ٢٠٣ ، والحديث من رواية أبى هريرة . رضى الله عنه .

(٢) جـــزء مـــن حديـــث رواه البخارى عن على رضى الله عنه فى كتاب الفرائض باب إثم من تبرأ من مواليه – صحيح البخارى مع الفتح ٤٢/١٢ ، ٤٣ (٦٧٥٥) .

(٣) جـــزء مـــن حديث رواه الأئمة : أحمد فى مسندة ١٦٦/٥ ، والبخارى فى صحيحه كتاب المناقب باب ٥ – صحيح الـــبخارى مـــع الفتح ٦٢٣/٦ (٣٥٠٨) ، ومسلم فى صحيحه كتاب الإيمان باب ٢٧ – مسلم بشرح النووى ٤٩/٢ (٦١/١١٢) من حديث أبى ذر رضى الله عنه واللفظ لأحمد ومسلم . وزاد البخارى "**بالله**".

كمـــا صح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : "**لا ترغبـوا عن آبائكم ، فمن رغب عن أبيه فهو كُفْر**"[١].

وأيضاً فـإن دعـوى النفقة – كما سبق وعرفنا – من الدعاوى التى لا يلزم فيها بيان مقدار المدعى به ؛ لأنها من الدعاوى التى يتوقف المطلوب فيها على تقدير القاضى. وقد قال الإمام الغزى : "الدعوى بالمجهول تصح فى مسائل منها : كل ما كان المطلوب فيه موقوفاً على تقدير القاضى ، فإن الدعوى بالمجهول تسمع فيه ....ومنها : الحكومات ، والمـــتعة ، ودعوى الكسوة والنفقة والأدم من الزوجة والقريب"[٢]. كما جاء فى الأشباه والـــنظائر للسيوطى ضمن مسائل الدعوى بالمجهول : "الدعوى بنفقة القريب ، لا تحتاج إلى بيان ، والقاضى يفرض ما تقتضيه الكفاية"[٣].

وعـلى ذلك فحديثنا فى هذا الفصل سيكون موزعاً على مبحثين : نبين فى الأول منهما أحكام دعوى النسب المجهول فى الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية ، و فى الآخـــر أحكـــام دعوى نفقة القريب فى الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية . وذلك على النحو التالى :

⚘⚘⚘⚘⚘⚘

(١) رواه البخارى فى كتاب الفرائض باب من ادعى إلى غير أبيه من حديث أبى هريرة – رضى الله عنه – صحيح البخارى مع الفتح ١٢/٥٥ (٦٧٦٨) . وليس المراد بالكفر الوارد فى هذين الحديثين الشريفين ، حقيقة الكفر التى يخلد صاحبها فى النار . وإنما المراد به كفر النعمة . وقد ورد هذا اللفظ على سبيل التغليظ والزجر لفاعل ذلك ، أو المراد بإطلاق الكفر أن فاعلــه فعل فعلاً شبيهاً بفعل أهل الكفر . وقال بعض الشراح : سبب إطلاق الكفر هنا أنه كذب على الله ، كأنه يقول : خلقنى الله من ماء فلان ، وليس كذلك ، لأنه إنما خلقه من ماء غيره . (فتح البارى ٦/٦٢٤ ، ١٢/٥٦).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠٤ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠١ .

المبحث الأول
أحكام دعوى النسب المجهول
في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية

أقصد بالنسب المجهول : الغير معروف ، أو الذى لم يثبت بطريق من طرق إثباته .

وقد عُرف الشخص مجهول النسب بأنه : الشخص الذى لا يعلم له أب فى البلد الذى ولد فيه ، ولا فى البلد الذى وُجد فيه إن وجد فى بلد آخر[١].

ودعوى النسب المجهول تنقسم إلى قسمين :

أحدهما : دعوى أو إقرار الشخص بالنسب على نفسه خاصة : أى الإقرار بأصل النسب . وهذا يكون بالولد الصلبى ، ابناً أو بنتاً وبالوالدين المباشرين له ، كأن يقول : هذا إبني أو أبى ، أو هذه ابنتي أو أمى .

والثانى : دعوى أو إقرار الشخص بالنسب على غيره : ويكون بالإقرار بالقرابة غير المباشرة ، وهى قرابة الحواشى الذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً لآخر . ويسمى بالإقرار بفرع النسب ، كالإقرار بالأخوة والأعمام والأجداد والأحفاد[٢].

ولكل من هذين القسمين حكم خاص به . وفيما يلى بيان هذين القسمين وأحكامهما فى الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية ، وذلك فى ثلاثة مطالب على الوجه التالى

******

---

(١) أحكام الأسرة فى الإسلام أ. محمد مصطفى شلبى ص ٦٩٥ هامش (١) .

(٢) البدائع ٣٣٧/٧ ، ٣٣٨ ، الحاوى ٩٥/٧ ، ٩٧ ، المغنى ٣٢٧/٥ ، أحكام الأسرة فى الإسلام أ. محمد مصطفى شلبى ص ٦٩٥ ، ٦٩٩ ، الأحوال الشخصية للإمام أبى زهرة ص ٣٩٥ ، ٣٩٦ .

المطلب الأول
دعوى الشخص بالنسب على نفسه
والحكم فيها في الفقه الإسلامي

عرفنا أن دعوى الشخص بالنسب على نفسه تعني إقراره بأصل النسب ومطالبته بإثباته. والمدعى في هذه الدعوى واحد من اثنين :

أحدهما : الأب في إدعاء البنوة . **والثاني** : الابن في إدعاء الأبوة أو الأمومة.

فإذا ادعى شخص أن فلاناً ابنه ، سُمعت دعواه وحُكم بثبوت نسبه له بشروط سته :

الشرط الأول : أن يكون المدعي من أهل الدعوى – على التفصيل الذي سبق وبيناه في شروط طرفي الدعوى[١].

الشرط الثاني : أن يكون المقر له – المستلحَق – مجهول النسب . فإن كان معروف النسب فلا يصح الإقرار ولا تسمع الدعوى ، لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره ، وقد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه . وذلك واضح من قوله صلى الله عليه وسلم : **"ومن ادعى إلى غير أبيه ، أو انتمى إلى غير مواليه ، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل الله منه يوم القيامة عدلاً ولا صرفاً"**[٢].

وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء[٣].

الشرط الثالث : أن يكون المقر له بالبنوة مما يولد لمثل المقر ، بان تكون سنهما تحتمل ذلك ، فلو كانا في سنين متساويين أو متقاربين بحيث لا يمكن أن يولد

---

(١) الحاوى الكبير ٩٥/٧ ، ٩٦ ، وانظر ص من هذه الرسالة .

(٢) سبق تخريجه في ص ٤٥٥ .

(٣) البدائع ٣٣٧/٧ ، تبيين الحقائق ٢٧/٥ ، مختصر خليل ومواهب الجليل والتاج والإكليل ٢٤٨/٧ ، وما بعدها ، الشرح لكبير وحاشية الدسوقي ٤١٢/٣ ، الحاوى ٩٥/٧ ، ٩٦ ، البيان للعمراني ٤٧٥/١٣ ، مغني المحتاج ٣٤٩/٢ ، ٣٥٠ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمي ٧٢/٣ ، المغني ٣٢٧/٥ ، ٣٢٨ ، الشرح الكبير معه ٢٨٣/٥ ، ٢٠٢/٧ ، فقه الإمام جعفر ١٣٣/٥ ، السيل الجرار ١٧٤/٤ ، المختصر النافع ص ٢٤٤ ، كتاب النيل وشرحه ٦٥٤/١١ ، طرق الإثبات الشرعية للشيخ أحمد إبراهيم بك ص ٣٤٦ ط ٢ سنة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥ ، علم القضاء – أدلة الإثبات للشيخ الدكتور أحمد الحصرى ٣٢٦/٢ مكتبة الكليات الأزهر سنة ١٣٩٩ – ١٩٧٩ ، أحكام النسب وطرق إثباته ونفيه في الشريعة الإسلامية د.علي محمد يوسف المحمدي ص ٢٦٥ .

أحدهما للآخر[1] ، لم يصح الإقرار ولا تسمع الدعوى ، لأن الواقع يكذبها . وهذا الشرط أيضاً محل اتفاق بين الفقهاء[2] ، بل بين كل العقلاء .

الشرط الرابع : أن يصدقه المقَر بنسبه إن كان من أهل التصديق[3]. أما إذا كان من غير أهل التصديق ، فلا يشترط تصديقه ، لأنه لا حكم للصغير فى نفسه[4]. فإن بلغ فأنكر ، لم يسمع إنكاره ، لأن نسبه ثابت ، وجرى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد

---

(١) وأقل فرق بين السنين يصدق معه المدعى فى هذه الدعوى هو اثنتا عشرةسنة وستة أشهر على رأى الحنيفة ، وتسع سنوات فقط وستة أشهر على رأى الشافعية ، لأن الحنيفة يرون أن أقل مدة تصدق فيها دعوى البلوغ بالإنزال فى حق الذكر هى اثنتا عشرة سنة . وفى حق الأنثى تسع سنوات ، بينما يرى الشافعية أن أقل مدة تصدق فيها دعوى البلوغ بالإنزال هى استكمال تسع سنوات قمرية ، سواء فى ذلك الذكر والأنثى . وهذه المدة تحديدية عند متقدمى الشافعية ، وتقريبية عند بعض متأخريهم . وقصرها صاحب الحاوى على الأنثى ، أما الذكر فعشر سنين . وعلى كلا الرأيين تضاف الستة أشهر التى اتفق الفقهاء على أنها أقل مدة الحمل .

(العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ١٥٠/٢ ط دار المعرفة – بيروت – ، البحر الرائق ٩٦/٨ ط دار المعرفة – بيروت تبين الحقائق ٢٠٣/٥ ، البناية ١٣٠/١٠ ، نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى ٣٥٨/٤ ، أسنى المطالب ٢ /٢٠٦ ، الحاوى ٣٤٣/٦)

(٢) البدائع ٣٣٧/٧ ، تبيين الحقائق ٢٧/٥ ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٢٤٨/٧ وما بعدها ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤١٢/٣ ، الحاوى ٩٥/٧ ، ٩٦ ، البيان ٤٧٦/١٣ ، مغنى المحتاج ٣٤٩/٢ ، ٣٥٠ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٧٢/٣ ، المغنى ٣٢٧/٥ ، ٣٢٨ ، الشرح الكبير معه ٢٨٣/٥ ، ٢٠٢/٧ ، المختصر النافع ص ٢٤٤ ، كتاب النيل وشرحه ٦٥٤/١١ ، طرق الإثبات الشرعية للشيخ أحمد إبراهيم بك ص ٣٤٦ ، علم القضاء – أدلة الإثبات فى الفقه الإسلامى للدكتور أحمد الحصرى ٣٢٦/٢ ، أحكام النسب وطرق إثباته ونفيه فى الشريعة الإسلامية د.على محمد يوسف ص ٢

(٣) وأهل التصديق هو المميز عند الحنيفة ، البالغ العاقل عند الشافعية والحنابلة . (تبين الحقائق ٢٧/٥ ، الحاوى ٩٦/٧ ، المغنى ٣٢٨/٥).

(٤) لكن يشترط فى هذه الحالة أن لا ينازع المدعى فى الصغير منازع ، فإن كان هناك منازع ، حكم لصاحب البينة منهما ، فإن لم تكن لهما بينة أو تعارضت بيناتهما ، عرض على القافة هو والمتنازعان أو عصبتهما عند فقدهما ، وألحق بمن ألحقته به منهما . وهذا عند أنس وعطاء ويزيد بن عبد الملك والأوزاعى والليث وأبى ثور ، والمالكية والشافعية والحنابلة . بينما ذهب الحنفية إلى أنه لا يعرض على القافة ، حيث لا حكم لها عندهم ، وإنما يلحق بالمدعين جميعاً إذا لم يمكن ترجيح إحدى البينتين على الأخرى . وذهب الإمامية إلى أنه يقرع بينهما ، وأيهما خرجت القرعة باسمه ، ألحق به . (تنوير الأبصار والدر المختار ورد المحتار ٣٢٨/٦ ، البدائع ٣٨٥/٦ ، ٣٨٦ ، بداية المجتهد ٤٢٦/٢ ، ٤٢٧ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤١٦/٣ ، ٤١٧ ، شرح المحلى وحاشيتا قليوبى وعميرة ١٢٩/٣ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٢٦٥/٣ ، المغنى ٥/ ٣٢٨ ، ٤٢٤/٦ ، ٤٢٥ ، الشرح الكبير معه ٢٨٣/٥ ، ٤٣١/٦ ، ٤٣٢ ، ٢٠٢/٧ ، اللمعة الدمشقية والروضة البهية ٨١/٧ ، طرق الإثبات الشرعية للشيخ أحمد إبراهيم ص ٣٤٧).

صـــغير فى يده ، وثبت بذلك ملكه ، فلما كبر جحد ذلك . ولو طلب إحلافه على ذلك لم يستحلف ؛ لأن الأب لو عاد فجحد النسب لم يقبل منه .

وهـذا الشـرط قـال بـه جمهـور الفقهـاء : الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية[١].

بينما ذهب بعض المالكية إلى عدم اشتراطه حيث قالوا : "إذا أقر بابن ، لحق به ، صغيراً كان أو كبيراً ، أنكر الابن أو أقر " .

وذهـب بعضهم إلى اشتراط تصديقه إن كان فى حوز مستلحقه لا إن كان فى ملك غيره[٢] .

ولا ريـب أن مـا ذهـب إليه الجمهور هو الراجح ، لأن للكبير أحكاماً تختلف عن أحكام الصغير ، فالكبير مؤاخذ بتصرفاته ، محاسب على أعماله ، وهو أدرى بما هو فى صـــالحه لمعاشـــه ومعاده ، فحفاظاً على كرامته ، وضماناً لحريته الشخصية ، لابد من مصادقته على هذا الإقرار حتى يثبت به النسب .

ثـــم إن انتظار المقر بإقراره هذا طيلة هذه المدة ، وعدم إفصاحه عنه إلا فى كبر الولـــد ، يورث تهمة تلحق بالمقر ، خاصة إذا كان الولد عفياً أو ثرياً ، الأمر الذى يدعو إلى وجوب تقرير هذا الشرط كما وضعه الجمهور ....**والله تعالى أعلم** .

الشرط الخامس : أن لا يصرح المدعى بأن هذا ابنه من الزنا ، فإن صرح بذلك ، لا تســـمع دعواه ولا يثبت نسبه ، لأن الزنا جريمة لا تصلح أن تكون سبباً للنسب الذى هـــو نعمـــة مـــن نعم الله تعالى على عباده ، حيث يقول الله تعالى : "**والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفده** "[٣]. ويقول صلى الله عليه وسلم : " **الولد للفراش وللعاهر الحجَرُ**"[٤].

---

(١) البـــدائع ٣٣٧/٧ ، تبيين الحقائق ٢٧/٥ ، الحاوى ٩٥/٧ ، ٩٦ ، البيان ٤٧٦/١٣ ، مغنى المحتاج ٣٥٠/٢ ، المقنع والإنصـــاف ١٢٩/١٢ ، المغنى ٣٢٧/٥ ، ٣٢٨ ، الشرح الكبير معه ٢٨٣/٥ ، ٢٠٢/٧ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤١٣/٣ . وهناك وجه مقابل للأصح عند الشافعية ، يقول بأن إنكاره يسمع ويبطل به النسب . قالوا : لأنا حكمنا به حين لم يكن أهلاً للإنكار ، وقد صار ، والأحكام تدور مع علتها وجوداً وعدماً .

(٢) مواهب الجليل و التاج و الإكليل ٢٥٣/٧ ، ٢٥٤ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤١٣/٣ .

(٣) من الآية ٧٢ من سورة النحل .

(٤) رواه الإمـــام مالك والشيخان فى قصة سيأتى نصها فى ص٤٦٦ (الموطأ ٧٣٩/٢(٠) ، صحيح البخارى مع الفتح ٤/ ٣٤١ ، ٣٤٢ (٢٠٥٢) ، ٣٢/١٢ ، ٣٣ (٦٧٤٩ ، مسلم بشرح النووى ٣٦/١٠ (١٤٥٧/٣٦)) وانظر البدائع ٦/ ٣٦٩ ، أحكـــام الأســـرة فى الإسلام أ. محمد مصطفى شلبى ص ٦٩٧ ، الأحوال الشخصية للإمام أبى زهرة ص ٣٩٦=

الشــرط السادس : أن يقيم المدعى بينة على صدقه ، أو يبين وجه انتساب المقَر لـــه إليه. هذا الشرط انفرد به المالكية فيما لو كانت ظواهر الحال تناقض الدعوى ، كأن يكون المقَر بنسبه لقيطاً ، أو يكون من مهاجرى بلد آخر . فقد جاء فى المدونة : "قلت – سحنون – : أرأيت إن التقطت لقيطاً ، فجاء رجل فادعى أنه ولده ، أيصدق أم لا ؟ قال – ابن القاسم –: بلغنى عن مالك أنه قال : لا يصدق إلا أن يكون لذلك وجه ، مثل أن يكون رجلاً لا يعيش له ولد ، فيسمع قول الناس أنه إذا طُرح عاش ، فيطرح ولده ، فالتُقِط ، ثم جـــاء يدعيه ، فإذا جاء عن مثل هذا ما يعلم أن الرجل كان لا يعيش له ولد وقد سمع منه ما يستدل به على صدق قوله ، أُلحق به اللقيط . وإلا لم يلحق به اللقيط ولم يصدق مدعى اللقيط إلا ببينة أو بوجه ما ذكرت لك أو ما أشبهه . قال – سحنون – : وقال غيره : إذا علم أنه لقيط ، لم تثبت فيه دعوى لأحد إلا ببينة تشهد " أ هـ[1].

بيـــنما لـــم يشترط هذا الشرط جمهور الفقهاء ، وإنما يثبت النسب عندهم بمجرد الإقرار دون حاجة إلى بينة أو بيان لوجه النسب طالما أن الشروط الأخرى قد توافرت .

وعللــوا ذلـك بأن الإقرار محض نفع للطفل ؛ لاتصال نسبه ، ولا مضرة على غيره فيه ، فقبل كما لو أقر له بمال[2].

إلا أن الحنفية – دون غـــيرهم من الشافعية والحنابلة – قد صرحوا بأن هذا إذا كـــان المقَـــر له حياً ، أما إذا كان ميتاً ، فلا بد من البينة . وعللوا ذلك بأن دعوى الحى تـــتمحض للنســـب ، بخـــلاف الميت ، لاستغنائه عنه بالموت ، فصارت دعوى الإرث .

=الطـــلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب فى الشريعة الإسلامية د. أحمد محمود الشافعى ص ١٦٦ . وعدم ثبوت النسب بالزنا هو رأى جمهور الفقهاء ، بخلاف ما روى عن إسحاق بن راهوية ، وعروة ، وسليمان بن يسار ، والشافعى فى القديم ، من القول بأنه يثبت به النسب إذا استلحقه . وقد روى هذا أيضاً عن الحسن وابن سيرين إذا أقيم الحد على الزانى . وروى كذلك عن إبراهيم النخعى إذا أقيم عليه الحد أو ملك الموطوءه . (راجع : المغنى ١٣٠/٧ ، ١٣١ ، زاد المعاد لابن القيم ، ٢١٣/٤ وما بعدها ، تبيين الحقائق ٢١٤/٦ ، مغنى المحتاج ٢٢٥/٣ ، حاشية ابن عابدين ٢٠٢/٥).

(١) المدونـــة الكـــبرى ٣٣٥/٣ ، ٣٣٦ ،وانظـــر أيضاً :مختصر خليل والتاج والإكليل ٥٦/٨ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤١٢/٣ ، ١٢٦/٤ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى٧٤٦/٣ .

(٢) الهداية ٨٨٧/٢ ، ١٢٠٦/٣ ، ١٢٠٧ ، العناية وتكملة الفتح ٣٩٣/٨ ، تنوير الأبصار والدر المختار ورد المحتار ٦/ ٣٢٨ ، تبـــين الحقائق ٢٩٨/٣ ، ٢٧/٥ ، الحاوى ٩٦/٧ ، ٩٧ ، البيان ٢٣/٨ ، ٤٧٧/١٣ ، مغنى المحتاج ٣٤٩/٢ ، ٣٥٠ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى٧٢/٣ ،٧٣ ، المغنى ٣٢٧/٥ ، ٣٢٨ ، ٣٣٣ ، ٣٣٤ ٤٢٠/٦ ، الشرح الكبير معه ٢٨٣/٥ ، ٢٨٤ ، ٤٢٧/٦ ، المقنع والإنصاف ١٢٩/١٢ .

وأيضــاً فإنــه فــى دعوى الحى غير متهم ؛ لإقراره على نفسه بوجوب النفقة ، بخلاف دعوى الميت ، فإن التهمة فيه قائمة .

قـالوا : وســواء تــرك المقَر له مالاً أو لم يترك ، فلا بد من البينة ، لاحتمال ظهور مال له[1].

كما صرح الشافعية بأنه يُسن للقاضى أن يقول للملتقط – المدعى – : من أين هو ولدك ؟ من أمتك أو زوجتك أو شبهة ؟ فإنه قد يتوهم أن الالتقاط يفيد فى النسب . بل إن بعضــهم قــال بوجــوب ذلك على القاضى إذا كان المستلحق ممن يجهل ذلك ؛ احتياطاً للنسب[2].

لكـن أولى هـذه الآراء بالقـبول – وخاصة فى هذه الأيام – هو الأول ، الذى اشترط قيام البينة أو بيان وجه النسب للحوق المستلحَق بالمستلحِق إذا كانت ظواهر الحال تــناقض الدعــوى ، إذ به ينضبط أمر ادعاء النسب ، ولا يترك عرضه للمحق والمبطل .وعلــى أساسه يمكن الفصل ما بين الحلال والحرام والتمييز بينهما . فالواقع أنه يمكن – علــى رأى الجمهور – لأى إنسان أن يدعى بنوة اللقيط أو مجهول النسب دون أن تكون بيــنهما أى رابطــة نســبية، ولا شك أن ضعاف النفوس – وما أكثرهم فى هذه الأيام – ســيجدون فــى ذلك وسيلتهم التى توصلهم للتبنى المحرم شرعاً بقوله تعالى :"**وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدى السبيل ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم فى الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيماً**"[3].

والذى كان تحريمه درءاً لمفاسد كثيرة تكلم عنها بعض العلماء وبين أن منها .

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٦/٣٢٨ .

أما عند غيرهم من الشافعية والحنابلة فإن نسب الميت أيضاً يثبت بهذا الإقرار إذا كان صغيراً أو مجنوناً ، لأن الإقرار سبب يثبت بــه النسب حال الحياة ، فوجب أن يثبت به النسب حال الموت كالبينة .وردوا على الحنفية بأن ما ذكروه لو صح لبطل به الإقرار حال الحياة أيضاً ، ولما يثبت به نسب أصلاً ، لأن التهمة موجودة حال الحياة إذا كان المقر به موسراً والمقر فقيراً .لكن الإقرار بنسب الحى مع ذلك مقبول ويثبت به النسب ، ويملك المقر التصرف فى المال المقر به والإنفاق منه على نفسه إذا كان معسراً .(البيان ١٣/٤٧٧ ، المغنى ٥/٣٣٣ ، ٣٣٤)

(٢) البيــان للعمرانى ٨/٢٤ ، مغنى المحتاج ٢/٥٧٩ ، حاشية البجيرمى على الأنصارى ٣/٢٦٥ ، نهاية المحتاج ٥/٤٦٢ ،تحفة المحتاج ٦/٣٦٠ .

(٣) الآيتان ٤ ، ٥ من سورة الأحزاب .

أن يـأتى شخص أجنبى يعيش مع أجنبيات عنه ، لا تربطه بهم أى رابطة مشروعة ، فـيطلع منهـن علـى ما حرم الله الاطلاع عليه ، ويحرم عليه الزواج منهن ، مع أنهن محللات له .

ومنها : أن يحمـل الأقارب واجبات تترتب على ذلك فتجب نفقة ذلك المتبنَّى علـيهم إن كـان محـتاجاً ، ويشاركهم الميراث ، فيحرمهم من بعض وربما من كل ما يسـتحقون منه ، إذ قد يعمد الرجل صاحب المال إلى لقيط فيتبناه ليرث ماله ويحرم منه أصحاب الحق فيه بشرع الله تعالى من إخوة وأخوات ، فيغرس بذلك بذور الشقاق والحقد بين الأسر ، ويفككها ويقطع حبل المودة بين أفرادها .

فهـذه المفاسـد وغـيرها لـو لم يكن فى التبنى منها إلا إحداها لكان خليقاً بالتحريم والتجريم[1].

وإذا كـان التبـنى محـرماً درءاً لهذه المفاسد الجسيمة ، فإنه ينبغى أن تغلق كل الأبـواب التى يمكن أن توصل إليه ، ومن بين هذه الأبواب الاعتماد على مجرد الإقرار لاثبات النسب فى كل الحالات .

وإذا كـان الفقهـاء قد احتاطوا لذلك ، وقالوا بأن المدعى لو جاء على لسانه أنه يتبناه ولا يقصد البنوة الحقيقية ، لا يثبت النسب[2] ، فإن هذا غير كاف لإيصاد هذا الباب الكبير ، إذ ما على المدعى إلا أن يدعى البنوة وفقط دون أن يبين سببها ، ليحكم له بثبوت

=أى أن الله تبارك وتعالى لم يجعل تبنيكم لأولاد غيركم أبناء حقيقين لكم ، فتبنيكم هذا قول لا يقتضى أن يكون ابناً حقيقياً ، فإنـه مخلـوق من صلب رجل آخر ، فما يمكن أن يكون له أبوان ، والله تعالى يقول العدل وهو يهدى الصراط المستقيم .وإذا كان ذلك كذلك ، فحرى بكم أيها المؤمنون أن تنسبوا الأولاد إلى آبائهم الحقيقيين إن كنتم تعرفونهم ، فإن لم تكونوا تعرفونهم ، ،فهم إخوانكم فى الدين ومواليكم ، عوضاً لهم عما فاتهم من النسب .وإذا نسبتم بعضهم إلى غير أبيه فى الحقيقة خطـأ بعد الاجتهاد واستفراغ الوسع ، فإن الله تعالى قد وضع الحرج فى الخطأ ورفع إثمه ،وإنما الإثم على من تعمد الباطل .(تفسير ابن كثير ٤٨٢/٣ ، ٤٨٣ ، تفسير البغوى ٣//٥٠٥ ، ٥٠٦ ، تفسير الفخر الرازى ١٩٣/٢٥ ، ١٩٤ ، فتح القدير للشوكانى ٢٦١/٤ ، تفسير الكشاف ٢٢٧/٣).

(١) أحكام الأسرة فى الإسلام أ.محمد مصطفى شلبى ص ٧٠٣ ، ٧٠٤ .

(٢) يقول الإمام أبو زهرة :".....وليس معنى ذلك الاعتراف بنظام التبنى ، لأن الفرق بين التبنى وثبوت النسب بالدعوى واضح ، فإن النسب الذى يثبت بالدعوى يكون إقراراً بنسب حقيقى وإن لم يذكر طريقه وسببه ، ولو جاء على لسانه أنه يتبنـاه ولا يقصـد البنوة الحقيقية ، لايثبت النسب .أما التبنى فهو أن يذكر أنه يلحقه به وإن لم يكن له ابناً حقيقياً ،وهذا الإلحاق باطل "أهـ – الأحوال الشخصية ص ٣٩٧ .

النسـب .ومـا أيسـر هذا الإجراء على الكثيرين من أصحاب الضمائر الخربة والفطر المعوجة ..والله يقول الحق وهو يهدى السبيل .

تلـك هى الشروط التى إن توافرت عند ادعاء شخص بنوة شخص آخر ،سُمعت دعواه وأُلحق به .وإذا ما أُلحق به صار ولداً حقيقياً ،ويثبت له كل حقوق الولد الحقيقى من كل الوجوه ، كالنفقة والسكن والميراث وغير ذلك .

وادعاء الأبوة كادعاء البنوة :

إن ثبـت هذا فإن ادعاء الأبوة أو الأمومة،كادعاء البنوة،فإذا ما ادعى شخص أن فلاناً أبـوه أو أن فلانة أمة ، اشتُرط لسماع هذه الدعوى نفس الشروط السابقة[1].فإذا توافرت هـذه الشـروط سمعت حينئذ وسئل الأب عنها ، فإن أنكره فعليه اليمين .فإن حلف على إنكاره ، انتفى عنه ، ولم يكن لأحد من عصبات الأب أن يقر بنسبه ، سواء كان الأب حياً أو ميتاً ؛ لبطلان النسب بيمين الأب .

وإن اعـترف الأب بدعواه وأقر ببنوته ، لحق به وصار ولداً له ، سواء كان صحيحاً عـند الإقـرار أو مريضاً ، وسواء صدقه العصبة والورثة عليه أو لا . وسواء كان الابن ممـن يرث باجتماعهما على الحرية والدين ، أو كان غير وارث لاختلافهما برق أو فى دين ، حَجَبَ الورثة أو لم يحجبهم .

ولو عاد الأب بعد إقراره فأنكره . فإن لم يتابعه الابن على الإنكار ونفى النسب وأقام على الدعوى ، فهو على نسبه فى اللحوق به ، يرثه إذا مات ويرث سائر عصابته .

وإن تابعه الابن على الإنكار ، وصدقه على نفى النسب ، فإن كان الفراش معروفاً ، لم ينتف النسب باجتماعهما على نفيه .وإن كان الفراش مجهولاً فرأيان :

أحدهما : أن النسب ينتفى وترتفع الأبوة .

والثانى : أن النسب يظل ثابتاً ولا ينتفى وإن اجتمعا على نفيه ، كما لا يجوز انتفاء ما ثبت بالفراش المعروف ، وإن اجتمعا على نفيه[2].

******

---

(١) البدائع ٣٣٧/٧ ، العناية وتكملة الفتح ٣٩٤/٨ ، ٣٩٥ ، الحاوى ٩٥/٧ ، ٩٦ ، المغنى ٣٢٨/٥ ، الشرح الكبير معه ٢٨٤/٥ ، الأحوال الشخصية للإمام أبى زهرة ص ٣٩٧ ، شرح كتاب النيل ٥٥/١١،٦ .

(٢) الحاوى الكبير ٩٦/٧ .

المطلب الثانى
دعوى الشخص بالنسب على غيره
والحكم فيها فى الفقه الإسلامى

سبق أن ذكرنا أن دعوى الشخص بالنسب على غيره تعنى ادعاءه بالقرابة غير المباشرة، وهى قرابة الحواشى الذين يجمعهم أصل مشترك، دون أن يكون أحدهما فرعاً لآخر. وتسمى بالادعاء بفرع النسب، كدعوى الأخوة، أو العمومة، أو الجدودة، أو الحفودة[1].

فإذا ادعى شخص بأن فلاناً أخوه، كانت تلك دعوى بالنسب على أبيه، لأن معناها هذا ابن أبى. وإذا ادعى بأن فلاناً عمه، كانت دعوى بالنسب على جده، لأن معناها هذا ابن جدى، وهكذا.

ومثل هذه الدعوى إذا رفعت أثناء حياة الملحق به النسب (الأصل المشترك بين المدعى والمدعى بنسبه)، فإنها لا تسمع حتى ولو كان مجنوناً، لاستحالة ثبوت نسب الشخص مع وجوده بقول غيره. لكنه لو صدقها، ثبت النسب بتصديقه، والاعتماد فى الحقيقة يكون على هذا التصديق لا على المدعى -المقر-، ولذا كان لابد من توافر الشروط السابقة[2] فى هذا التصديق[3].

أما إذا رفعت بعد وفاته، فقد اختلف الفقهاء فى ثبوت النسب بها إلى مذهبين:

المذهب الأول: يرى أنصاره أن هذه الدعوى تسمع، ويثبت بها النسب إذا توافرت الشروط السابقة، إضافة إلى وجوب كون المقر به - المدعى - جميع الورثة. إلى هذا ذهب جمهور الفقهاء: الحنفية والشافعية والحنابلة[4].

---

(١) راجع ص ٤٥٧.

(٢) فى دعوى الشخص بالنسب على نفسه - المطلب السابق.

(٣) الحاوى ٩٧/٧، مغنى المحتاج ٣٥٢/٢، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٧٥/٣، شرح المحلى وحاشيتا قليوبى وعميرة ١٦/٣، البيان للعمرانى ٤٧٧/١٣.

(٤) فإذا أقر بعض الورثة وأنكره البعض، فقد قال الماوردى: "فيستحق إحلاف المنكر، ولا يثبت نسبه إجماعاً، ما لم يكن من المنكر نكول".

وإذا كان الوارث عاصباً واحداً يحوز جميع التركة، ثبت النسب بإقراره عند الشافعية والحنابلة وأبى يوسف؛ لأن اقرار الواحد مقبول فى حق الميراث، فيكون مقبولاً فى حق النسب كإقرار الجماعة. ولا يثبت عند أبى حنيفة ومحمد؛ لأنه إقرار على غيره، لما فيه من حمل نسب غيره على غيره، فكان شهادة، وشهادة الفرد غير مقبولة، بخلاف ما إذا كان اثنين فصاعداً، لأن شهادة رجلين أو رجل وامرأتين فى النسب مقبولة وإذا كان الوارث واحداً لكنه يرث جميع المال بالفرض=

المذهب الثاني : يرى أنصاره أن هذه الدعوى لا تسمع ولا يثبت بها النسب . وإليه ذهب المالكية[1].

الأدلة والمناقشات :

أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول بالسنة والمعقول :

أما السنة فمنها :

١- ما رواه الإمام مالك والشيخان عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : كان عتبة أبى وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبى وقاص ، أن ابن وليدة زمعة منى .فاقبضه إليك. قالت : فلما كان عام الفتح أخذه سعد .وقال : ابن أخى . قد كان عهد إلىَّ فيه .فقام إليه عبد بن زمعه فقال : أخى .وابن وليدة أبى وُلد على فراشه .فتساوقاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقال سعد : يا رسول الله . ابن أخى .قد كان عهد إلىَّ فيه .وقال عبد بن زمعة : أخى .وابن وليدة أبى . وُلد على فراشه . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " **هولك يا عبدُ بنُ زمعة**" ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "**الولد للفراش وللعاهر الحجر**" ثم قال لسَودَة بنت زمعه : "**احتجى منه** " لما رأى من شبهه بعتبَة بن أبى وقاص .وقالت : فما رآها حتى لقى الله عز وجل[2].

=والرد كالبنت والأخت والأم ، لبت النسب بإقرارها أيضاً عند الحنابلة ، وكذلك عند أبي يوسف فى مقتضى كلامه ، وهو أيضاً ما يقتضيه مذهب متأخرى الشافعية، لأن العبرة بحوز المال كله ،وقد قال متأخروا الشافعية بالرد إذا لم ينتظم أمر بيت المال . ولا يثبت عند أبي حنيفة ومحمد فى مقتضى كلامهما ، وكذلك عند متقدمي الشافعية . أما عند أبي حنيفة ومحمد فلذات السبب المبين فى الفقرة السابقة . وأما عند متقدمي الشافعية ، فلأنهم لا يقولون بالرد فى الميراث ، وبالتالى فهذا الوارث لا يحوز المال كله .أما إذا كان الوارث أحد الزوجين ولا وارث معه ، فلا يثبت النسب بإقراره عند الشافعية والحنابلة وأبى حنيفة ومحمد وزفر ، لذات التعليل السابق وهو أن المقر لا يرث المال كله . أما عند أبي يوسف فيثبت ، لأنه لما كان مقبولاً فى حق الميراث ، كان مقبولاً فى حق النسب كإقرار الجماعة .(راجع : البدائع ٣٣٩/٧ ، ٣٤٠ ، نتائج الأفكار ٤٠١/٨ ، الأم ١٤٤/٣ ، مختصر المزنى ص ١١٤ ، الحاوى ٨٧/٧ ، ٩٢ ، ٩٨ ، البيان ٤٧٨/١٣ ، مغنى المحتاج ٣٥٢/٢ ، ٣٥٣ ، ٩/٣ ، المغنى ٣٢٦/٥ ، وما بعدها ، الشرح الكبير معه ٢٨٤/٥ ، ٤٢٧/٦ ، المقنع والانصاف ١٣٠/١٢ ، زاد المعاد ٢٠٨/٤).

(١) مواهب الجليل والتاج والإكليل ٢٥٨/٧ وما بعدها ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤١٥/٣ ، شرح منح الجليل ٤٣٧/٣ ، جواهر الإكليل ١٣٨/٢ .

(٢) الموطأ للإمام مالك كتاب الأقضية ٧٣٩/٢ (٢٠) ، صحيح البخارى مع الفتح ، كتاب البيوع ، باب تفسير المشبهات ٣٤١/٤ ، ٣٤٢ (٢٠٥٢) ، كتاب الفرائض ، باب الولدللفراش حرة كانت أو أمة ٣٢/١٢ ، ٣٣ (٦٧٤٩) ، مسلم بشرح النووى كتاب الرضاع باب الولد للفراش وتوقى الشبهات ٣٦/١٠(١٤٥٧/٣٦) وقوله :"وليدة"أى جارية=

فقد دل هذا الحديث على أنه يجوز لغير الأب أن يستلحق الولد ، فإن عبد بن زمعة استلحق أخاه بإقراره بأن الفراش لأبيه[١]. وقد سمع النبي صلى الله عليه وسلم هذه الدعوى وأثبت بها النسب[٢].

وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه غير صحيح لوجوه :

أحدها : أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما جعله عبداً لعبد ، ولم يجعله أخاً له ، فقد جاء في بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم قال :"**هولك عبد**".

والثاني : أن النبي صلى الله عليه وسلم ألحقه بالفراش لا بالإقرار ؛ بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : "**الولد للفراش**".

والثالث : أنه لا دليل فيه ، لأن عبداً هو أحد الوارثين ، و"سَوْدَة " زوج النبي صلى الله عليه وسلم أخته ، ولم تكن منها دعوى له ولا إقرار به . وإقرار أحد الوارثين دون غيره لا يوجب ثبوت النسب بالإجماع .

والرابع : أن أمره صلى الله عليه وسلم لسَوْدَه بالاحتجاب منه ، دليل على أنها ليست أختاً له[٣].

لكن هذه مناقشة ضعيفة ،لا تقوى على تضعيف الاستدلال بالحديث .

=.و"فتساوقا" أى تدافعاً بعد تخاصمهما وتنازعهما في الولد ، أى ساق كل منهما صاحبه فيما ادعاه . و "الولد للفراش" أى الولد للحالة التي يمكن فيها الإفتراش أى تأتي الوطء ، فلا ينتفى عن الزوج ، سواء أشبهه أم لا .و"للعاهرالحجر" أى للزاني الخيبة ولا حق له في الولد . والعرب تقول في حرمان الشخص : له الحجر ، وبفيه التراب ، ونحو ذلك ، ويريدون : ليس له إلا الخيبة .(فتح البارى ٣٦/١٢ ، ٣٧ ، نيل الأوطار ٢٧٩/٦ ، الشيخ محمد فؤاد عبد الباقي في تحقيقه للموطأ ٧٣٩/٢ هامش (٢٠) ، النووي في شرحه على مسلم ٣٧/١٠).

(١) إذ الظاهر من سياق القصة أن هذه الجارية كانت مستفرشة لزمعة فاتفق أن عتبة زنابها سراً وهما كافران ، فحملت وولدت ولداً يشبهه ، فغلب على ظنه أنه منه ، فبغته الموت قبل استلحاقه ، فأوصى أخاه أن يستلحقه فعمل سعد بعد ذلك على تنفيذ تلك الوصية ؛ تمسكاً بالبراءة الأصلية .وكانت طريقة الجاهلية في مثل ذلك ، أن السيد إذا استلحقه لحقه ، وإن نفاه انتفى عنه ، وإذا ادعاه غيره كان مرد ذلك إلى السيد أو القافة . وكان السيد – زمعة – قد مات ، فقام مقامه ابنه"عبد" فاستلحق الولد .(فتح البارى ٣٤/١٢ ،٣٥)

(٢) الحاوى ٩٣/٧ ، شرح المحلى ١٦/٣ ، البيان للعمراني ٤٧٨/١٣ ، فتح البارى ٣٥/١٢ ، نيل الأوطار ٢٨١/٦ ، المغنى ٣٢٧/٥ ، الشرح الكبير معه ٢٨٩/٥ ، زاد المعاد لابن القيم ٢٠٤/٤ ، ٢٠٨ ، سبل السلام ٣٠٧/٣ ، ٣٠٨ ، مواهب الجليل من أدلة خليل للشيخ أحمد بن أحمد المختار الشنقيطي ٥٢/٤ ط دار إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر ١٤٠٧ هـ – ١٩٨٧م .

(٣) الحاوى ٩٣/٧ ، ٩٤ ، فتح البارى ٣٥/١٢ ، زاد المعاد ٢٠٤/٤ وما بعدها ، الذخيرة للقرافي ٣١٢/٩ .

فقد أجيب عن الوجه الأول بثلاثة أجوبة :

أحدهـا : أن هذه رواية باطلة لا تصح أصلاً[١]. ولئن سلمنا بأنها صحيحة ، فإن معـناها غـير مـا قصـدوا إليه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم إنما أشار إليه بالقول اختصاراً بحذف حرف النداء ، كقوله تعالى : "**يوسف أعرض عن هذا**"[٢].

والـثانى : أن مسنداً روى عن أبى سفيان أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : "**هو أخوك يا عبد بن زمعة**"[٣].

والثالـث : أن عبد بن زمعة قد أقر بحريته وولادته حراً على فراش أبيه ، فلم يجـز بعد اعترافه بحريته أن يحكم له برقه[٤].

وأجيب عن الوجه الثانى ، بأنه صلى الله عليه وسلم قد أثبت النسب بالفراش بإقراره ، وإقــراره بالفــراش إقــرار بالنسب ، لثبوت النسب بثبوت الفراش ، فلم يكن فرق بين الإقرار بالفراش الموجب لثبوت النسب وبين الإقرار بالنسب الدال على ثبوت الفراش[٥].

كما أجيب عن الوجه الثالث بجوابين :

أحدهمـا : أن عبداً هو وارث أبيه وحده ، لأن سودة كانت قد أسلمت قبل موت أبيها وكـان عبد على كفره ، فكان هو الوارث لأبيه الكافر دون أخته المسلمة ، بدليل ما روى عنه أنه قال : "أسلمت أختى سودة فحملتها ، وليتنى أسلمت يوم أسلمت"[٦].

والثانى : أن سودة كانت معترفة به ، واستنابت أخاها فى الدعوى ، لأن النساء من عادتهن الاستنابة ، وإقرارها وسكوتها على هذا الأمر المتعدى حكمه إليها من خلوته بها ، ورؤيته إياها ، وصيرورته أخاً لها ، تصديق لأخيها عبد وإقرار بما أقر به ، وإلا لظلت مقـيمة علـى احتجابها منه ، ولبادرت إلى الإنكار والتكذيب ، فجرى رضاها وإقرارها مجرى تصديقها[٧].

---

(١) زاد المعاد لابن القيم ٢٠٦/٤ .

(٢) من الآية ٢٩ من سورة يوسف – الحاوى ٩٣/٧ ، الذخيرة ٣١٣/٩ .

(٣) رواه البـخارى فى كتاب المغازى باب (٥٣) ٦١٨/٧ (٤٣٠٣) مع الفتح –الحاوى ٩٣/٧ ، زاد المعاد ٢٠٧/٤ ، فتح الباري ٣٥/١٢ .

(٤) الحاوى ٩٣/٧ .

(٥) الحاوى ٩٣/٧ .

(٦) الحاوى ٩٣/٧ ، فتح البارى ٣٥/١٢ .

(٧) الحاوى ٩٣/٧ ، زاد المعاد ٢٠٨/٤ ، فتح البارى ٣٥/١٢ .

وأجيب عن الوجه الرابع بثلاثة أجوبة :

أحدها : أن أمر النبي صلى الله عليه وسلم لسودة بالاحتجاب منه لمَّا رأى قوة الشبه بيـــنه وبين عتبة ، إما أن يكون على طريق الاحتياط والورع لمكان الشبهة التي أورثها الشبه البين بعتبة وأما ان يكون مراعاة للشبهين وإعمالاً للدليلين ؛ فإن الفراش دليل لحوق النســب ، والشبه بغير صاحبه دليل نفيه ،فأعمل أمر الفراش بالنسبة إلى المدعى لقوته ، وأعمـــل الشــبه بعتبة بالنسبة إلى ثبوت المحرمية بينه وبين سودة . ولا مانع من ثبوت النسب من وجه دون وجه .

والثاني : أن للزوج منع زوجته من الظهور لأخيها وأهلها ، فلم يكن في المنع دليل على اختلاف النسب .

والثالث : أن أمــر النــبي صــلى الله عليه وسلم لها بالاحتجاب قد يكون لغلظ أمر الحجاب في حق أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ، ولو حدث مثل ذلك لغيره ، لم يجب الاحتجاب[١].

وبهذا يظهر أن الاستدلال بهذا الحديث صحيح ، وأن هذه المناقشة لا وجه لها .

٢- ما روى عن عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده قال إن النبي صلى الله عليه وسلم قضى **أن كل مستلحَق استُلحِق بعد أبيه ، فقد لحق بمن استلحقه**[٢].

فقــد أفــاد هــذا النص بعمومه جواز استلحاق غير الأب بعد موته ، ووجوب الحاق المستلحَق به بدعواه[٣].

وأما المعقول : فمن وجوه :-

أحدهـا : أن الورثــة يخلفــون مورثهم في حقوقه إثباتاً ، كالحجج والبينات ، وقبضاً كالدين والقصاص . ومن حق المورث إثبات النسب وهو حي ، فوجب أن يثبت هذا الحق للورثه بعد موته[٤].

ونوقش هذا بأن الوارث لو قام مقام مورثه لكان له نفيه أو استلحاقه بعد نفي أبيه له ، وهذا ليس من حقه ، فلا يحق له إثبات النسب على أبيه[٥].

والثاني: أن الإقــرار بالنســب يتعلق به حكمان : ثبوته وإرثه . فلما استحق الإرث بإقرارهم ، ثبت النسب بإقرارهم ، فإن من ثبت الميراث بإقراره ، لابد وأن يثبت النسب بإقراره كالموروث[٦].

---

(١) الحاوى ٩٤/٧،زاد المعاد ٢٠٦/٤ ، ٢٠٧ فتح البارى ٣٤٣/٤،مواهب الجليل من أدلة خليل للشنقيطى٥٢/٤ ، ٥٣

(٢) جزء من حديث أبو داود في سننه كتاب الطلاق باب في ادعاء ولد الزنا ٢٧٩/٢ (٢٢٦٥) وسكت عنه .

(٣) الحاوى ٩٤/٧ .

(٤) المغنى ٣٢٧/٥ ، الشرح الكبير معه ٢٨٩/٥ ، المبدع ٣١١/١٠ ، كشاف القناع ٤٦١/٦ ، الحاوى ٩٤/٧ ، مغنى المحتاج ٣٥٢/٢ ، نهاية المحتاج ١١٣/٥ ، زاد المعاد ٢٠٨/٤ ، تحفة المحتاج ٤٠٦/٥ ، الذخيرة ٣١٢/٩ .

(٥) الذخيرة ٣١٣/٩ .

(٦) الحاوى٩٤/٧ ، الذخيرة ٣١٢/٩ .

والثالث : أن إقرار الورثة بالحق ، أقوى ثبوتاً من الشهادة بالحق ، فلما ثبت النسب بالشهادة ، فأولى أن يثبت بإقرار الورثة[١].

أدلة المذهب الثاني :

استدل أصحاب المذهب الثاني على عدم ثبوت النسب بهذه الدعوى بالسنة والأثر و المعقول :

أما السنة : فما رواه أبو داود وغيره عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "**لا مساعاة في الإسلام ، ومن ساعى في الجاهلية ، فقد لحقه بعصبته ومن ادعى ولداً من غير رِشدة ، فلا يرث ولا يورث**"[٢].

فهذا الحديث قد نهى عن السعي إلى استلحاق الأنساب ، فدل على ما نقول[٣].

وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه غير صحيح ، لأن قوله صلى الله عليه وسلم : "**لا مساعاة في الإسلام**" وارد باستلحاق الأنساب بالزنا ، بدليل ما ورد في بقية الخبر[٤].

وأما الأثر : فما روى عن الشعبي قال : كتب عمر بن الخطاب إلى شريح أن لا يورث الحميل إلا ببينة ، وإن جاءت به في خرقها[٥]. وهو الذي يحمل نسبه على غير مقرِّبِهِ ، والميت غير مقر وإن أقر وارثه[٦].

ونوقش هذا الاستدلال أيضاً بأنه غير صحيح ، لوجهين :

أحدهما : أنه وارد فيمن حمل نسبه على غيره مع إنكار ورثته .

والثاني : أنه وارد في المسبِيّ من دار الشرك إذا أقر بنسب ليرتفع إرث الوَلاء به[٧].

وأما المعقول فمن وجهين :

أحدهما : أن ثبوت النسب في مقابلة نفيه ، فلما لم ينتف النسب بنفي الوارث ولعانه ، لم ينتف بتصديقه وإقراره[٨].

---

(١) الحاوي٧/٩٤ .

(٢) رواه أبو داود ٢/٢٧٩ (٢٢٦٤) وأحمد في مسنده ١/٣٦٢ ، والحاكم في المستدرك كتاب الفرائض ٤/٣٤٢ وقال : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . ووافقه الذهبي في التلخيص ٤/٣٤٢ .

(٣) الحاوي ٧/٩٢ .

(٤) الحاوي ٧/٩٤ .

(٥) رواه الدارمي في سننه كتاب الفرائض باب (٤٤) في ميراث الحميل ٢/٤٨٠ (٣٠٩٥).

(٦) الحاوي ٧/٩٢ .

(٧) الحاوي ٧/٩٤ .

(٨) زاد المعاد لابن القيم ٤/٢٠٨ ، الحاوي ٧/٩٢ .

والثانى : أن "**الولاء لُحمة كلُحمةِ النسب**"[1]. فلما لم يكن للورثه إلحاق ولاء بالميت بعتقهم ، لم يكن لهم أن يلحقوا به نسباً بإقرارهم[2].

وقد نوقش الوجه الأول من هذين الوجهين بأنه منقوض بالابن فإنه لو ادعى نسب أبيه وصدقه ، لحق به ، ولو أراد نفى أبيه لم يجز ، فكذلك الأخ ، لو ادعى نسب أخ جاز ، ولو نفاه لم يجز .

ثم إن الواقع أنهما – ثبوت النسب ونفيه – سواء ، لأن النسب لا يثبت إلا باجتماع جميع الورثة ودخول المقر به – المستلحق فى جملتهم ، فكذلك لا ينتفى إلا باجتماعهم ودخول المنفى فى جملتهم ، فيقول إذا نفوه عن أبيهم : لِست بابن أبيكم ، تصديقاً لهم فينتفى[3].

أما الوجه الثانى : فقد نوقش بأن إلحاق الولاء وإلحاق النسب سواء ، لأنهم أقروا بنسب متقدم ، ولو استحدثوه لم يجز ، وبطل إلحاقهم بولاء مستحدث ، ولو أقروا بولاء متقدم جاز[4].

المذهب المختار

بعد هذا العرض لمذهبى الفقهاء فى هذه المسألة وأدلتهما ، وما ورد عليها من مناقشات ، أرانى أميل إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بثبوت النسب على الميت بدعوى الورثة به إن توافرت الشروط التى نصوا عليها ، وذلك لقوة أدلتهم وصحتها وسلامتها من المعارضة الراجحة والمناقشة المفندة . وضعف أدلة المخالفين .

ولتشوف الشارع إلى ثبوت الأنساب ، حفاظاً على الأعراض وصوناً للكرامات المكفولة للإنسان فى قوله تعالى : **﴿ولقد كرمنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً﴾**[5] فالمعروف أن الإنسان

---

(١) جزء من حديث رواه البيهقى فى سننه كتاب الفرائض باب الميراث بالولاء ٦/٢٤٠ ، عن الحسن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :"**الولاء لحمه كلحمه النسب ، لا يباع ولا يوهب** " وقال : "وروى هذا الحديث موصولاً من وجه آخر عن ابن عمر . وليس بصحيح .وروى عن عمر بن الخطاب وعلىبن أبى طالب رضى الله عنهما من قولهما "أ هـ قلت : والذى رواه موصولاً عن ابن عمر رضىالله عنهما هو الحاكم فى المستدرك كتاب الفرائض باب الولاء لحمة كلحمة النسب ٤/٣٤١ لكنه صححه بقوله :"هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه " ووافقه الذهبى فى التلخيص ٤/٣٤١ .ورواه أيضاً عبد الرازق فى مصنفة كتاب الولاء باب بيع الولاء وهبته ٩/٥(١٦١٤٩) من قول سعيد بن المسيب رضى الله عنه .

(٢) الحاوى ٧/٩٢ .

(٣) الحاوى ٧/٩٥، زاد المعاد ٤/٢٠٨ .

(٤) الحاوى ٧/٩٥ .

(٥) الآية ٧٠ من سورة الإسراء .

لابــد وأن تهدر كرامته ، وتجرح شخصيته ، وتنهار إنسانيته ، إذا ظل هملاً لا نسيب له ولا قريب ، والعكس بالعكس ، فإن من دواعى عزة الإنسان ورفعة شأنه وصون كرامته ، أن يكــون له نســب معــروف وأهل وعشيرة يتعصب بهم ويتعصبون به ، يتقوى بهم ويتقوون به ، خاصة وأن مقاييس السُمُوّ فى نظر الكثيرين ، ودواعى الإجلال والاحترام عندهم قد انقلبت رأساً على عقب وأصبحت تتمثل فى المال أوالجاه أو السلطان أو النسب أو الحسب، لا إلى العلم أوالدين ، وكأن الزمان قد استدار كهيئته وعاد بنا إلى ما نطق به أهــل الجهل والضلال فى وجه الصفوة من خلق الله تبارك وتعالى ، حيث قالوا لنبى الله شــعيب عليه السلام : **"يا شعيب ما نفقة كثيراً مما تقول وإنا لنراك فينا ضعيفاً ولولا رهطك لرجمناك وما أنت علينا بعزيز"**(١) ، فالذى صدهم عن رجمه عليه السلام والسطو عليه ، هو خوفهم من أهله وعشيرته ، لا من ربه وخالقه ، ولم يستطيعوا أن يكتموا هذا الجبن المزرى ، وإنما نطقوا به فى صراحة ووضوح .

وقــالوا عن طالوت الذى اصطفاه الله تعالى وجعله ملكاً عليهم : **"أنى يكون له الملك علينا ونحن أحق بالملك منه ولم يؤت سعة من المال "**(٢).

وقالوا عن المؤمنين الذين نالوا شرف الإيمان بالله واليوم الآخر مع نبى الله نوح عليه السلام :**"ما نراك إلا بشيراً مثلنا وما نراك اتبعك إلا الذين هم أراذ لنا بادئَ الرأى وما نرى لكم علينا من فضل بل نظنكم كاذبين"**(٣).

وإذا كانت هذه هى حقيقة الكثيرين من البشر فى كل زمان ومكان ، فلا بد وأن تتخذ كــل السبل للحيلولة دون ازدراء المسلم وتعكير صفوه وإذهاب ماء وجهه وتضييع هيبته ،ومــنها إثبات نسبه لمن ادعوا أنه منهم إذا توافرت الشروط التى تضمن جديتهم فى هذا الادعــاء . ثم إن دعواهم هذه وهم مختارون لا مجبرون ، تورث يقيناً بأنه فعلاً ينتسب إلــيهم كمــا يدعون ، خاصة وأنهم يعلمون يقيناً أنه سيزاحمهم فى الميراث وستترتب له عليهم كافة الحقوق المقررة شرعاً ، باعتباره واحداً منهم .... **والله تعالى أعلم** .



---

(١) الآية ٩١ من سورة هود .

(٢) من الآية ٢٤٧ من سورة البقرة .

(٣) من الآية ٢٧ من سورة هود .

المطلب الثالث
دعوى النسب المجهول
والحكم فيها في قانون الأحوال الشخصية

عرفنا أن دعوى النسب المجهول تنقسم إلى قسمين : دعوى الشخص بالنسب على نفسه . ودعواه بالنسب على غيره .

وقانون الأحوال الشخصية المصري لم ينص على هذه الدعوى بقسميها . وإنما الأمر فيها متروك للقاعدة العامة القاضية بوجوب تطبيق أرجح الأقوال في مذهب الإمام أبي حنيفة فيما لم يرد بشأنه نص خاص ، والمنصوص عليها في المادة الثالثة من ديباجة القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ، والمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة).

وقد رأينا أن الفقه الحنفي – كغيرة من مذاهب الفقه الإسلامي – يشترط لثبوت النسب بهذه الدعوى : أن يكون المدعِي من أهل الدعوى ، وأن يكون المدعَى بنسبه – المستلحَق – مجهول النسب ، وأن يكون ممن يولد لمثله . كما أنه يشترط مع جمهور الفقهاء أن يصدق المدعَى بنسبه المدعِي في دعواه إن كان من أهل التصديق . وأن لا يصرح المدعي بأن هذا ابنه من الزنا . فإن توافرت هذه الشروط ، ثبت النسب بمجرد الإقرار عند الحنفية وجمهور الفقهاء دون ما حَاجة إلى قيام البينة على صدق المدعي – المقر – أو بيانه لوجه النسب[١].

---

(١) وقد قضى بأن :"المقرر فى فقه الأحناف أنه يشترط لصحة الإقرار بالأبوة أن يكون الولد المقر له مجهول النسب . فإن كان معروفاً نسبه من غير المقر ، لا يثبت نسبه منه بمجرد الإقرار ، لأنه لا يمكن ثبوت نسبه من رجلين ، بل لا بد أن ينتفى أحدهما . ولما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه كون الطاعنين تمسكوا أمام محكمة الاستئناف بأن المطعون ضده معلوم النسب لأبيه...إذا ألحق به فى سجلات قيد المواليد وتزوج وجُنِّد باسمه منتسباً له ، وشهد بصحة هذا النسب كل من زوجة هذا الأب وابنه عند سؤالهما فى التحقيقات الإدارية المقدمة صورها فى الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه إذا قبل الاستئناف شكلاً بما ينطوى عليه هذا القضاء من رفض للدفع بنهائية الحكم المستأنف ، ثم تعرض للموضوع فأيد الحكم المستأنف فيما قضى به من ثبوت نسب المطعون ضده الآخر – مورث الطاعنين – على سند من مجرد إقراره بأبوته له ، وذلك دون أن يقيم المطعون ضده البينة على عدم صحة نسبه لمن هو منسوب إليه حتى يتحقق لدى المحكمة أنه مجهول النسب ويصح إقرار الغير بأبوته له ، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " (نقض أحوال شخصية ١٩٨٠/٥/٢١ طعن رقم ٢١ لسنة ٤٧ ق – موسوعة دائرة المعارف القانونية للأستاذ ياسر نصار ٥٤٥/١).

كما قضى بأن نسب الولد يثبت من المرأة التى تقر بأمومتها له متى لم تكن له أم معروفة ، وكان ممن يولد مثله لمثلها ، وصادقها المقر له على إقرارها إن كان فى سن التمييز ، دون توقف على شئ آخر ، ودون حاجة إلى إثبات ، سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد ، أو من غير زواج شرعى كالسفاح أو الدخول بالمرأة بشبهة " (نقض أحوال شخصية ١٩٧٩/٣/٢٨ – طعن رقم ٢٦ لسنة ٤٧ق – موسوعة دائرة المعارف القانونية للأستاذ ياسر نصار ٥٤٤/١).

بخلاف ما عليه الوضع عند المالكية الذين لم يشترطوا تصديق المدعَى بنسبه للمدعِي سـواء كان صغيراً أو كبيراً ، واشترطوا أن يقيم المدعى البينة على صدقه أو يبين وجه النسب إذا كانت ظواهر الحال تناقض الدعوى . فإذا ما ادعى شخص أن فلاناً هذا ولده ، وكان قد التقطه أو أخذه من بين مهاجرى بلد آخر ، وأقام البينة على صدق دعواه أو بيَّن وجه نسبه إليه ، ثبت نسبه وحكم له به دون ما حاجه إلى تصديق المدعَى بنسبه ، صغيراً كان أو كبيراً

وقـد رأيـنا أن مذهـب المالكية مرجوح بالنسبة لشرط التصديق ، أما بالنسبة لشرط إقامـة البيـنة على صحة الدعوى أو بيان وجه النسب فيها ، فمذهبهم هو الراجح ، وبيَّنا وجه هذا الترجيح بياناً يغنى عن إعادته هنا[1] ، لكننا نضيف هنا فقط ما قاله الإمام أبـو زهـرة – **رحمه الله** – فقـد قال معلقاً على العمل بمذهب أبى حنيفة بشأن ثبوت النسب بالإقرار المجرد عن البينة : "والعمل بالنسبة لهذه المسالة على مقتضى مذهب أبى حنيفة .ولكـن المفكرين الآن يميلون إلى الأخذ بمذهب مالك . وقد ظهر الميل فى قانون الوقف الصـادر سنة ١٩٤٦ ، **فقـد جاء فى المادة ٢١ منه** : "أن إقرار الواقف أو غيره بالنسب علـى نفسـه لا يتعدى للموقوف عليهم إن دلت القرائن على أنه متهم فى هذا الإقرار " ، وذلـك بـلا ريب اتجاه إلى المذهب المالكى ، وإنه قد آن الأوان للأخذ بذلك فى الميراث والوصـايا والتحريم ، وسائر الأبواب التى تبنى على ثبوت النسب ، لتكون الأحكام كلها على نسق واحد إذا كان الأساس واحداً [2]

ويقـول فـى موضـع آخـر : "...وإنك لترى أن أكثر الإقرارات بالنسب ، ظواهر الحـال لا تـتفق معهـا ، ولـذا نرى وجوب الأخذ بمذهب مالك ، فإنه أحوط للأنساب وللحقـوق ، وأنسب لمصر ، لأنه أقرب المذاهب الفقهية إلى ما عليه أكثر الطوائف غير المسلمة بها ، وقانون الميراث المبنى على النسب مطبق على الجميع . وقد اتجه القانون

---

(١) راجع ص ٤٥٩ **ومابعدها** .

(٢) الأحوال الشخصية للإمام أبى زهرة ص ٣٨٨ .

المصرى إلى ذلك فى قانون الوقف ، فلم يجز تعدى الإقرار بالنسب إلى الموقوف عليهم متى دلت القرائن على أنه متهم فى هذا الإقرار .

"وهـذا يقتضى لا محالة أن يكون الأمر كذلك فى الميراث والوصية وغيرها مما يكون للنسب شأن فيها . **والله تعالى أعلم**" أهـ[1].

هـذا فـيما يـتعلق بدعوى الشخص بالنسب على نفسه . أما فيما يتعلق بدعوى الشـخص بالنسب على غيره ، فقد رأينا أن هذه الدعوى إذا رفعت أثناء حياة الملحق به النسب فإنها لا تسمع إلا إذا صدقها وتوافرت الشروط السابقة في هذا التصديق[2] .

أمـا إذا رفعـت بعد وفاته فإن الراجح الذي عليه الحنفية والشافعية والحنابلة هو ثبوت النسب بها إذا توافرت الشروط السابقة إضافة إلى وجوب كون المقر – المدعى – جميع الورثة . وقد سبق بيان ذلك بما يغنى عن إعادته هنا [3]

---

(١) المرجع السابق ص ٣٩٨ .

(٢) وقد قضى بأن نسـب الولد يثبت من المرأة التي تقر بأمومتها له ، متى لم تكن له أم معروفة ، وكان ممن يولد مثله لمثلها ، وصادقها المقر له على إقرارها ، إن كان في سن التميز دون توقف على شئ آخر ، ودون حاجة إلى إثبات ، سواء كانت الـولادة مـن زواج صحيح أو فاسد ، أو من غير زواج شرعى ، كالسفاح أو الدخول بالمرأة بشبهة ؛ إذ ولد الزنا يثبت نسـبه مـن الأم بخـلاف الأب ، طالما لم تكن المرأة ذات زوج أو معتدة ، لأن إقرارها عندئذ يكون قاصر الأثر عليها ولا يتعداها إلى الغير . أما إذا كانت وقت الإقرار متزوجة أو معتدة وأقرت بالولد ونسبته إلى من كان زوجاً لها ، فإن النسب لا يثبت بإقرارها ؛ لما فيه من تحميل النسب على الغير وهو الزوج ، ويتعين لثبوته أن يصادقها زوجها أو ان تقيم الحجة الكاملة عـلى مدعاهـا ، لأن الإقرار متى حمل النسب فيه على الغير ، يكون دعوى مجردة أو شهادة مفردة . والدعوى المجردة لا تكفـى للقضاء بموجبها ، كما أن شهادة الفرد فيما يطلع عليه الرجال لا تقبل . لما كان ذلك وكان الواقع في الدعوى – عـلى ما تفصح عنه مدونات الحكم المطعون فيه – أن المطعون عليها الأولى تستند في ثبوت بنوتها للمتوفاة إلى إقرارها بأنها ابنـتها من زوجها .. الذي تزوجته بعقد عرفى ودون أن تدعى مصادقة الزوج المذكور على نسبتها إليه ، أو على الزوجية المدعاة ، فإن هذا الإقرار لا يكفى لإثبات البنوة ، لما فيه من تحميل النسب على الغير ، وإنما وجبت إقامة الحجة عليها وعلى الفراش المدعى ، باعتبار أن النسب لا يثبت ما لم يثبت سببه بالحجة ؛ لأن ثبوت الحكم ينبنى على ثبوت النسب ، لما كان ما تقـدم ، وكانـت المطعون عليها الأولى قدمت للإثبات شاهدين شهد أحدهما بالزوجية والبنوة المدعى بها ، ولم يشهد بهما الأخر وإنما انصبت شهادته على صدور إقرار البنوة عن المتوفاة ، ومن ثم لا يتوافر بهما بقية نصاب الشهادة الواجب شرعاً وهـو رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول ، ولا تقوم شهادتهما بنية شرعية كاملة على النسب المدعى وسببه . (نقض أحوال شخصية ١٩٧٩/٣/٢٨ طعن رقم ٢٦ لسنة ٤٧ ق – موسوعة دائرة المعارف القانونية أ . ياسر نصار ٥٤٤/١) .

(٣) راجع صـ ٤٦٥ ومابعدها .

المبحث الثانى

أحكام دعوى نفقة الأقارب

فى الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية

عرفنا أن من الدعاوى التى تصح مع جهالة المدعى به فيها ، دعوى القريب بالنفقة علـــى قريبـــه[١] ، لأن المطلـــوب فـــيها متوقف على تقدير القاضى . فإذا ما رفعت هذه الدعوى فبماذا يحكم القاضى ؟

فـــى هـــذا المبحث نبين – **بمشيئة الله تعالى** – ما يجب أن يحكم به القاضى فى هذه الدعوى فى الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية ، من خلال مطلبين كما يلى :

---

(١) جدير بالذكر أنه ليس كل قريب يستحق النفقة فى مال قريبة ، وإنما الأقارب الذين يستحقون هذه النفقة هم : ١- الوالدان والمولودون باتفاق الفقهاء . ٢- الأجداد والجدات والأحفاد والحفيدات ، على الراجح الذى عليه جمهور الفقهاء ما عدا المالكية الذين قالوا بعدم وجوب نفقة الأجداد والجدات مطلقاً . ٣- أقارب آخرون اختلف فى تحديدهم : فذهب الحنابلة فى ظاهر المذهب وبعض الزيدية والإمامية فى قول إلى أنهم هم الوارثون وذهب الحنفية إلى أنهم هم كل ذى رحم محرم كالإخوة والأخوات وأولادهم ، والأعمام والعمات ، والأخوال والخالات دون أولادهم . وذهب الظاهرية إلى أنهم كل ذى رحم محرم وكل وارث أوموروث من الإخوة والأخوات وأولادهم وإن سفلوا ، والأعمام والعمات وإن علوا ، والأخوال والخالات وإن علوا ، والموروثون هم من لا يحجبه أحد عن ميراثه وإن مات من عصبة أو مولى من أسفل ،فإن حجب عن ميراثه لوارث فلا شئ عليه من نفقاتهم .وذهب الأوزاعى وإسحاق وأحمد فى رواية إلى أن هؤلاء الأقارب هم العصبة من عمودى النسب وغيرهم .

كمـــا أن القريـــب لا يستحق النفقة فى مال قريبه إلا إذا كان معسراً وعاجزاً عن الكسب ، وقريبه موسر ، ومتحد معه فى الدين إذا كان من غير الأصول أوالفروع .(راجع تفاصيل هذه الأحكام وتلك الشروط فى : مختصر القدورى ص ١٧٤ ، الهداية وشروحها ٤١٩/٤ ، ٤٢٠ البناية ، ٥٣٣/٥ وما بعدها ، البدائع ٤٤/٤ وما بعدها ، تبيين الحقائق ٦٣/٣ ، ٦٤ ، البحر الرائق ٢٠١/٤ وما بعدها ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٥٨٧/٥ وما بعدها ، جواهر الإكليل ٤٠٧/١ ، شرح منح الجليل ٤٤٨/٢ ، ٤٤٩ ، شرح الزرقانى وحاشيةالبنانى عليه ٢٥٩/٤ ، ٢٦٠ ، شرح الخرشى ٢٠٣/٤ ، ٢٠٤ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٥٢٢/٢ ، ٥٢٣ ، العزيز للرافعى ٦٦/١٠ وما بعدها ، المهذب للشيرازى ٦٢٥/٤ وما بعدهـــا ، الحـــاوى ٤٧٩/١١ وما بعدها ، تكملة المجموع للدكتور محمد مطرجى ٣٩٩/١٩ وما بعدها ، المغنى والشرح الكبير ٢٧٥/٩ وما بعدها ، المبدع ٢٣/٨ وما بعدها ، ٢١٣/٨ وما بعدها ، شرح منتهى الارادات ٢٥٤/٣ وما بعدها ، كشاف القناع ٤٨١/٥ وما بعدها ، حدائق الأزهار والسيل الجرار ٢٥٤/٢ وما بعدها ، اللمعة الدمشقية والروضة البهية ٤٧٣/٥ وما بعدها ، فقه الإمام جعفر ٣٢٩/٥ وما بعدها ، الروضة الندية ٨٢/٢ ، ٨٣ ، زاد المعاد لابن القيم ٢٧٧/٤ ، فـــتح القدير للشوكانى ٢٤٥/١ ، أحكام القرآن لابن العربى ٢٠٥/١ ، تفسير القرطبى ١٦٣/٣ ، ١٦٩ ، المحلى لابن حزم ٢٦٦/٩ وما بعدها).

المطلب الأول
الحكم في دعوى نفقة
الأقارب في الفقه الإسلامي

إذا رفعت هـذه الدعوى ، وجب على القاضي أن يحكم للمدعى . بما يكفيه من الطعـام والإدام والكسـوة وآلـة التنظيف ومتاع البيت ، والسكنى والخادم إن احتاج إليه ومؤنة الخادم كذلك ، والرضاع إن كان رضيعاً ، وذلك كله في حدود طاقته وإمكانه .

ذلـك أن الفقهـاء قد اتفقوا على أن نفقة الأقارب مقدرة بالكفاية من الخبز والأدم والكسوة وغير ذلك بقدر العادة على ما ذكرناه في نفقة الزوجة [١]. لأنها وجبت للحاجة ، فتتقدر بما تندفع به الحاجة[٢] وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لهند رضى الله عنها : " خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف "[٣] فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية [٤] .

ويجـب أن يـراعى حال المنفق أيضاً ؛ إذ النفقة على قدر الجدة ؛ قال تعالى : " لينـفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها " [٥]

كذلك فإنه لا يكتفى بما يسد الرمق أو ينتهى بالمنفق عليه إلى حد الضرورة ، بل يعطيه ما يستقل به ويتمكن معه من التردد والتصرف ودفع ألم الجوع ، مراعياً في ذلك حاله في سنه ورغبته وزهادته [٦] وزمانه ومكانه[٧] .

---

(١) البدائع ٥٤/٤ وفيه :"وأما بيان مقدار الواجب من هذه النفقة : فنفقة الأقارب مقدرة بالكفاية بلا خلاف " . وانظر أيضـاً : الكافى لابن عبد البر ص ٢٩٩ ، والمغنى والشرح الكبير ٢٧٣/٩ ، ٢٩٢ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٢/ ٥٢٣ ، المنهاج ومغنى المحتاج ٥٧١/٣ ، العزيز ٦٩/١٠ ، ٧٠ ، شرح المحلى وحاشية عميرة ٨٥/٤ ، كشاف ٤٨٣/٥ ، دلـيل الطالـب ومـنار السـبيل ٢٠٦/٢ ، ٢٠٧ ، المحلى ٢٦٦/٩ ، حدائق الأزهار والسيل الجرار ٤٥٤/٢ ، اللمعة الدمشقية والروضـــة البهية ٤٧٥/٥ .

(٢) البدائع ٥٤/٤ ، العزيز ٦٩/١٠ ، المهذب ٦٣٢/٤ ، تكملة المجموع ٤٠٨/١٩ .

(٣) سبق تخريجه في ص٧٣.

(٤) مغنى المحتاج ٥٧١/٣ ، نهاية المحتاج ٢٢٠/٧ ، تحفة المحتاج ٣٤٨/٨ ، حاشية عميرة ٨٥/٤ ، المغنى والشرح الكبير ٢٧٣/٩ ، ٢٩٢ .

(٥) من الآية ٧ من سورة الطلاق . وانظر : الكافي لابن عبد البر ص ٢٩٩ ، السيل الجرار ٤٥٨/٢ .

(٦) العزيـز ٦٩/١٠ ، حاشية عميرة على المحلى ٨٥/٤ ، حاشية البجيرمى على فتح الوهاب ١٦٠/٤ ، تكملة المجموع ٤٠٨/١٩

(٧) الروضة البهية ٤٧٥/٥ .

المطلب الثاني
الحكم في دعوى نفقة الأقارب
في قانـــون الأحـــوال الشخصـــية

خص قانون الأحوال الشخصية الأولاد دون غيرهم من الأقارب بالنص على ما يجب أن يحكــم بــه فـــي دعاويهم بالنفقة ، وعلى الأساس الذي تقدر نفقتهم عليه ، وذلك في المادتيـــن ١٨ مكـــرراً ثانياً / ٣ ، ١٨ مكرراً ثالثاً ، المضافتين بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

فقـال في المادة ١٨ مكـرراً ثانياً /٣ : " ويلتزم الأب بنفقة أولاده ، وتوفير المسكن لهم بقدر يساره ، وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم "

وقـال في المادة ١٨ مكرراً ثالثاً : " على الزوج المطلق أن يهيء لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم ، المسكن المستقل المناسب ، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة ، استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة "

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر ، كان من حق الزوج المطلق ، أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة .

ويخـــير القاضـــي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية ، وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها .

فـــإذا انتهـــت مدة الحضانة ، فالمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده ، إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً .

وللنيابة العامة أن تصدر قراراً فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها"[١].

وبالنظر فى هاتين المادتين نجد أن المادة ١٨ مكرراً ثانياً /٣ قد أوجبت الحكم على الأب بنفقة أولاده بأنواعها وتوفير مسكن لهم ، على أن يكون ذلك بقدر يسار الأب ، وبما يكفل للأولاده حياة لائقة بأمثالهم .

وقد قضى بأن البنوة من الأسباب الموجبة للنفقة بأنواعها ، ومنها بدل الفرش والغطاء ومصاريف التعليم . أما الفرش والغطاء فلا زمان لحفظ حياته من رطوبة الأرض وبرودة الجو عند النوم . أما التعليم وعلى الأخص التعليم الأولى لمبادئ القراءة والكتابة وقواعد الحساب وما إلى ذلك من مبادئ العلوم اللازمة لتكوين الطفل وإعداده للقيام بأعباء الحياة ، فإنه من ألزم الواجبات على الأب المكلف برعاية المنصوص عليه شرعاً ، أن الولد الكبير العاجز عن الكسب إذا طلب من القاضى فرض النفقة على أبيه ، أجابه ويدفعها إليه ، لأن ذلك حقه وله ولاية الاستئناف ، فلو قال الأب أنا أطعمك ولا أدفع إليه ، لا يجاب"[٢].

وقضى كذلك بأنه : "وحيث إنه بالنسبة لما فرضه الحكم المستأنف من فرض نفقه للصغير قدرها ثلاثة جنيهات ، وإذا كان هذا المبلغ لا يمكن أن يفى بحاجيات المعيشة الضرورية مع مراعاة حالة الغلاء الفاحش الذى وصلت إليه الأسعار ، ومع مراعاة عدم مناسبة ذلك لدخل المستأنف ضده . ومن ثم ترى المحكمة تعديله بالزيادة وفقاً للثابت بمنطوق هذا الحكم"[٣].

أما المادة ١٨ مكرراً ثالثاً ، فقد استحدثت حكماً جديداً بشأن مسكن الحضانة ، إذ أوجبت على الأب إن كان قد طلق زوجته أن يوفر مسكناً مستقلاً مناسباً لها ولأولاده منها خلال فترة العدة ، وإلا استمروا فى شغل مسكن الزوجية دونه طوال فترة الحضانة إذا توافرت ثلاثة شروط :

الشرط الأول : أن تكون المطلقة هى الحاضنة للأولاد الصغار . فإذا لم تكن هى الحاضنة ، فلا يكون من حقها الاستقلال بمسكن الزوجية المؤجر .

---

(١) الأحوال الشخصية للمسلمين طبقاً لأحدث التعديلات ص ٩ ، ١٠ .

(٢) حكم محكمة مركز طنطا الشرعية ، منشور بمجلة الأحكام الشرعية السنة السابعة ص ١٦٧ . نقلاً عن موسوعة الأحوال الشخصية المستشار معوض عبد التواب ص ٤٦٠ ، ٤٦١ .

(٣) حكم محكمة طنطا الاستئنافية .بجلسة ١٩٨٠/١٢/١١ فى الدعوى ٢٨٣ س لسنة ١٩٨٠ المصدر السابق ص ٤٦١.

الشـرط الـثانى : أن يكـون مسكن الزوجية مؤجراً للزوج ، فإذا لم يكن كذلك بأن كان مملوكاً له ، أو أنه كان يحوزه بحكم وظيفته أو عمله كالمساكن التى تخصصها بعض المصالح أو المصانع لموظفيها وعمالها ، فلا يكون من حق الحاضنة الاستقلال به .

الشـرط الثالث : أن لا يكون المطلق قد هيأ لها ولصغارها مسكناً آخر مناسباً . أما إذا كـان قد هيأ لها مسكناً آخر مناسباً غير مسكن الزوجية المؤجر ، فلا يكون من حقها الاستقلال بمسكن الزوجية المؤجر[١].

هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أنه : "إذا وقع الطلاق بين الزوجين وبينهما صغار ، فإن المنازعة تثور بينهما فيمن يختص بمسكن الزوجية المؤجر للزوج ، هـل تـنفرد به المطلقة والصغار بوصفها حاضنة لهم ؟ أو ينفرد به المطلق باعتبار أنه المـتعاقد ؟ وحيـن نعود لأقوال الفقهاء نجدأنهم قالوا : إن من لها إمساك الولد وليس لها مسـكن فـإن علـى الأب سـكناهما جميعاً (الدر المختار للحصكفى فقه حنفى فى كتاب الحضانة).

"**وإذا كـان ذلـك** ، فإنه للمطلقة الحاضنة بعد الطلاق الاستقلال مع محضونها بمسكن الزوجية المؤجر لمطلقها والد المحضون ما لم يُعد لها المطلق ، مسكناً آخر مناسباً ، حتى إذا ما انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة ، فللمطلق أن يعود ليستقل دونها بذات المسكن ، إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً "[٢].

وبالنظر فيما تضمنته هذه المادة وفيما قرره الفقهاء وخاصة فقهاء المذهب الحنفى – الذى قالت المذكرة الإيضاحية : إنه السند الفقهى لها – ، نجد أن هناك اختلافاً واضحاً بيـنهما فى مسألة إخلاء الزوج المطلق من مسكنه المؤجر ، لتسكن فيه مطلقته ومن فى حضانتها من أولاده طيلة مدة الحضانة إذا لم يقم بتهيئة مسكن مناسب لها ولهم خلال مدة العـدة . فـإن أحداً من فقهاء الحنفية أوغيرهم لم يقل بذلك ، وكل ما جاء عنهم أن على الأب أجرة مسكن للحضانة ، إذا لم يكن للصغير المحضون مال ، ولم يكن للمطلقة مسكن يمكنها أن تحضنه فيه[٣]. وها هو نص الدر المختار بحروفه :

---

(١) أحكام الأسرة فى الإسلام د. أحمد فراج حسين ٢/٢٤٢ .

(٢) الأحوال الشخصية للمسلمين طبقاً لأحدث التعديلات ص ٥٤ .

(٣) الـدر المختار وحاشية ابن عابدين ٥/٢١٠ ، ٢١١ ، الهداية ٢/٦٥٥ ، فتح القدير والعناية ٤/٤١٤ ، تبيين الحقائق وحاشـية الشـلبى ٣/٦٢ ، البـدائع ٤/٤٩ ، أحكام الأسرة فى الإسلام د.أحمد فراج حسين ٢/٢٤١ ، ٢٤٢ ، أصول المرافعات الشرعية للمستشار أنور العمروسى ص ٣٤٠ ، ٣٤١ ، الأحوال الشخصية للإمام أبى زهرة ص ٤٠٨ ، ٤٠٩.

"سئل أبو حفص عمن لها إمساك الولد وليس لها مسكن مع الولد . فقال : على الأب سكنا هما جميعاً . وقال نجم الأئمة : المختار أنه عليه السكنى فى الحضانة . وكذا إن احتاج الصغير إلى خادم ، يُلزم الأب به . وفى كتب الشافعية : مؤنة الحضانة فى مال المحضون لو له ، وإلا فعلى من تلزمه نفقته . قال شيخنا : وقواعدنا تقتضيه فيفتى به"أهـ[1].

وواضح من هذا النص أن مسألة إلزام الأب بدفع أجرة مسكن الحضانة محل خلاف بين فقهاء المذهب الحنفى ، وقد نقل هذا الخلاف صاحب "البحر الزاخر"[2]. فنقل عن التفاريق القول بأنه "لا تجب فى الحضانة أجرة المسكن " ونقل عن آخرين القول بأنه : "تجب إن كان للصبى مال . وإلا فعلى من تجب عليه نفقته"[3].

والقولان مرجحان فى المذهب أيضاً ، فصاحب "النهر"[4] رجح القول الأول ، لأن وجوب الأجر لا يستلزم وجوب المسكن ، بخلاف النفقة[5]. أى أن أجر المسكن ليس مبنياً على وجوب النفقة حتى يكون واجباً ، وإنما هو مبنى على وجوب أجر للحضانة نفسها ، ووجوب أجر الحضانة لا يستلزم وجوب المسكن . فلا يكون واجباً .

وأبو حفص[6] ونجم الأئمة[7] اختار القول الثانى ، ومال إليه ابن عابدين فى حاشيته ، ورد على صاحب "النهر" بأن تعليله ضعيف ، لأن أجر المسكن مبنى على وجوب نفقة الولد لا على أجر الحضانة ، ومن هنا كان واجباً ، لأن الأم غير مكلفة بنفقة ولدها . ومن ناحية أخرى فقد تكون الأم الحاضنة لا مسكن لها أصلاً بل تسكن عند غيرها ، فكيف

---

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٥/٢١٠ ، ٢١١ .

(٢) الفقيه أحمد بن محمد بن إقبال ، وقد جرد فيه السراج الوهاج للحدادى(كشف الظنون ١/٢٢٤ ، ٢/١٦٣١).

(٣) وقد نقله عنه ابن عابدين فى حاشيته ٥/٢١١ .

(٤) الإمام سراج الدين عمر بن نجيم المتوفى سنة ١٠٠٥هـ ، واسم هذا الكتاب "النهر الفائق شرح كنز الدقائق"(كشف الظنون ٢/١٥١٦).

(٥) نقله عنه ابن عابدين فى حاشيته ٥/٢١١ .

(٦) هو أحمد بن حفص الكبير ، من كبار مشايخ الحنفية ، أخذ عن محمد بن الحسن ، وله اختيار وترجيح فى المذهب ، وهو والد أبى حفص الصغير .(مقدمه تحقيق حاشية ابن عابدين ١/٣٧).

(٧) هو نجم الأئمة البخارى ، أستاذ فخر الدين القزوينى صاحب "الجواهر المضية" ونجم الأئمة الحكيمى ، تلميذ قاضيخان ، وأستاذ ركن الأئمة الولو الجى . (مقدمه تحقيق حاشية ابن عابدين ١/٤٢).

يلزمها أجرة مسكن لتحضن فيه الولد[1]. ؟ قال : "والحاصل أن الأوجه لزومه ، لما قلنا . لكـن هـذا إنما يظهر لو لم يكن لها مسكن ، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولـد ويسكن تبعاً لها فلا ، لعدم احتياجه إليه . فينبغى أن يكون ذلك توفيقاً بين القولين ، ويشـير إليه قول أبى حفص : وليس لها مسكن ، ولا يخفى أن هذا هو الأرفق للجانبين ، فليكن عليه العمل ، **والله الموفق**" أهـ[2].

هـذا ما نص عليه فقهاء المذهب الحنفى ، ومنه يتضح أن الأب لا يلزم بدفع أجرة لمسكن الحضانة إلا إذا لم يكن للصغير مال ولا لأمه مسكن .

فـإذا لم يكن للصغير مال ولم تملك الأم مسكناً وأعسر الأب بأجرة المسكن ، كانت هذه الأجرة على من يلى الأب فى الإنفاق على الصغير ، ولكنه يؤديها على أنها دين على الأب يـأخذه منـه إذا أيسر ، أما إذا كان الأب عاجزاً ، فإنه لا يجب عليه شئ ، وتكون الأجرة واجبة على من يليه في الإنفاق[3].

وعلى ذلك فالقول بإخلاء الأب مسكن الزوجية لتستأثر به مطلقته وأولاده منها مده الحضانة إذا لم يهيئ لهم المسكن المناسب لهم خلال فترة العدة ، بعيد عن ما قرره الفقهاء بعداً يستوجب إعادة النظر فيه وضبطه بما يتفق مع أقوالهم ......**والله تعالى أعلم** .

✡✡✡✡✡✡

(١) حاشية رد المحتار ٢١١/٥ .
(٢) المرجع السابق ٢١١/٥ .
(٣) الدرالمختار ورد المحتار ٢٦٩/٥ ، الأحوال الشخصية للإمام أبي زهرة ص ٤٠٩ ، ٤١٠ .

الفصل الثالث

أحكام الدعوى بالمجهول في مجال الطلاق وآثاره في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية

تمهيد :

من أسباب انتهاء الرابطة الزوجية "الطلاق" ، إذ به تحصل الفرقة بين الزوجين .

ودعوى المجهول في مجال الطلاق تتصور فيما لو كان للرجل أكثر من زوجة ، وطلـــق واحدة منهن دون أن يعينها ، بأن قال لهن : إحداكن طالق . وهو ما أطلق عليه الفقهـــاء **الطلاق المبهم** ، وصححه عامتهم وأوقعه لكن على واحدة منهن غير معينة ، وقـــالوا بوجوب أن يمنع الزوج في هذه الحالة من معاشرة نسائه كلهن إلى أن يتم تعيين واحدة منهن لإيقاع الطلاق عليها ، فإن لم يقم بتعيينها بنفسه ، رفعت عليه دعوى بذلك ، وهذه الدعوى تسمى **دعوى الطلاق المبهم** .

كذلك فإن للطلاق آثاراً مالية ، منها لزوم المتعة ، وحلول مؤخر الصداق وغير ذلك .

ودعوى المجهول في مجال آثار الطلاق تتصور **في المتعة** ، حيث إن تقديرها موكول إلى اجتهاد القاضي بناء على حال الزوج يساراً وإعساراً وتوسيطاً – كما سنرى إن شاء الله تعالى – والدعوى بذلك **تسمى دعوى المتعة** .

وفيما يلي بيان هاتين الدعوتين وأحكامهما ، وذلك في مبحثين على الوجه التالي :

المبحث الأول

أحكام دعوى الطلاق المبهم الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية

الطلاق لغة : رفع القيد وحل الوثاق . يقال : ناقة طالق أي مرسلة بلا قيد . وطلق امرأته تطليقاً ، أي حل قيد نكاحها[1].

واصطلاحاً : إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ أو كناية ظاهرة ، أو بلفظ مع نية[2].

وقـــد جـــاء فـــي أشباه السيوطي ضمن الدعاوى التي تصح بالمجهول:"دعوى الطلاق المبهم " قال:"ويلزم الزوج بالبيان إذا نوى معينة ، وبالتعيين إذا لم ينو،فإن امتنع حُبس"[3].

---

(١) لسان العرب مادة طلق " ٢٥٥/١٠ " .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٤٧/٢ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٠٣ .

والطلاق المبهم يمكن تعريفه بأنه الطلاق الذى أوقعه الزوج على إحدى زوجاته دون أن يعينها باللفظ أو بالنية . كأن يكون له أكثر من زوجة ، فيقول : إحداكما أو إحداكن طالق .

ويلاحظ أن التعريف قد ورد فيه قيد عدم التعيين باللفظ أو بالنية ، لأن الزوج إن عين الزوجة المطلقة بإحدى هاتين الوسيلتين ، لم يكن مبهماً ، وإنما كان معيناً . فمن كانت له امرأتان سعيدة وزينب – وقال : إحداكما طالق . وهى زينب أو قال : قصدت زينب كان الطلاق بذلك معيناً لا مبهماً ، لأن اللفظ واضح فى الدلالة على المقصود بالطلاق ، والنية تقوم مقام اللفظ عند عدمه[١].

وفيما يلى بيان حكم وقوع الطلاق بهذا اللفظ ، والحكم فى هذه الدعوى ، وموقف قانون الأحوال الشخصية من الطلاق المبهم والحكم فى الدعوى به ، وذلك فى ثلاثة مطالب على النحو التالى :

المطلب الأول
وقوع الطلاق المبهم

للطلاق المبهم صورتان :

إحداهما : أن يقول الزوج لزوجاته : إحداكن طالق دون أن يعينها باللفظ أو بالنية .

والأخرى : أن ينوى عند قولته هذه واحدة بعينها ثم ينساها لسبب أو لآخر ، كما لو طلقها فى ظلمة أو من وراء جدار ، وكما لو فقد الذاكرة أو نحو ذلك .

وقد ذهب عامة الفقهاء إلى أن الطلاق فى كلتا الصورتين يصح بهذا اللفظ ويقع[٢] ، لعموم أدلة مشروعية الطلاق الثابتة بنصوص كثيرة من الكتاب والسنة ، مثل قوله تعالى: **﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾**[٣] وقوله تعالى: **﴿ الطلاق مرتان ﴾**[٤] ....

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٠٢/٢ ، المنهاج ومغنى المحتاج ٣٨٧/٣ ، ٣٨٨ ، كشاف القناع ٣٣٢/٥ ، المقنع والإنصاف ١٣٩/٩ ، الشرح الكبير مع المغنى ٤٥٩/٨ ، الروضة البهية ٦٨/٦ ، شرح كتاب النيل ٤٨٨/٧ .

(٢) البدائع ٢٠٧/٣ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٣٨٦/٤ ، ٣٨٧ ، الشرح الكبير وحشية الدسوقى ٤٠٢/٢ ، شرح المحلى وحاشيتا قليوبى وعميرة ٣٤٤/٣ ، المغنى ٤٢٩/٨ ، حدائق الأزهار والسيل الجرار ٣٥٣/٢ ، ٣٥٧ ، الروضة البهية ٢٨/٦ ، شرح كتاب النيل ٤٨٨/٧ .

(٣) بعض الآية ١ من سورة الطلاق .

(٤) بعض الآية ٢٢٩ من سورة البقرة .

وقوله سبحانه: ﴿ **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره** ﴾[١] وقوله عز سلطانه: ﴿ **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة** ﴾[٢].

وما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله**"[٣].

فهـذه النصـوص صريحة في الدلالة على مشروعية الطلاق ، وهي لم تفرق بين طلاق وطلاق ، ولا بين الطلاق المضاف إلى المعين والمجهول[٤].

ولمـا روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال في رجل له أربع نسوه ، فطلق إحداهـن ولـم يدر أيتهن طلق : **ينالهن من الطلاق ما ينالهن من الميراث**[٥] . وقوله : **ينالهـن مـن الطـلاق ما ينالهن من الميراث** معناه : لو مات الرجل وقد طلق واحدة لا يـدري أيهـن هي، فإن الميراث يكون بينهن جميعاً يعني : موقوفاً حتى تعرف بعينها ، كذلك إذا طلقها ولم يعلم أيهن هي، فإنه يعتزلهن جميعاً إذا كان الطلاق ثلاثاً.[٦] ولأن هذا ليس بتنجيز الطلاق في الحقيقة ، بل هو تعليق من حيث المعنى بشرط البيان ، والطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط ، بدليل أنه يصح تعليقه بسائر الشروط ، بخلاف النكاح فإنه لا يحتمل التعليق بالشرط ، فلا تكون المجهولة محلاً للنكاح[٧].

ولأن إحديهما زوجة ، وكل زوجة يصح طلاقها[٨].

---

(١) بعض الآية ٢٣٠ من سورة البقرة .

(٢) بعض الآية ٢٣٦ من سورة البقرة .

(٣) رواه الترمذي في صحيحه ، أبواب الطلاق واللعان باب (١٥) ما جاء في طلاق المعتوه ٣١٠/٤ (١٢٠٢) مع التحفة، عن أبي هريرة رضي الله عنه . وقال هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث عطاء بن عجلان ، وعطاء بن عجلان ضعيف ، ذاهب الحديث ".وضعفه الألباني في الإرواء ١١٠/٧ (٢٠٤٢) وقال :"والصواب في الحديث الوقف ، كذلك أخرجه البغوي في الجعديات (٢/٢٤) والبيهقي ٣٥٩/٧ من طريق إبراهيم النخعي عن عامر بن ربيعة عن علي رضي الله عنه قال – البيهقي – فذكره موقوفاً دون قوله :"والمغلوب على عقله" قال "الألباني وهو اسناد صحيح ، وعقله البخاري ٩/ ٣٠٠ فتح" .

(٤) البدائع ٢٠٨/٣ .

(٥) رواه البيهقي في كتاب الطلاق باب الشك في الطلاق ٣٦٤/٧ .

(٦) السنن الكبرى للبيهقي ٣٦٤/٧ ، الحاوي الكبير ٢٧٩/١٠ .

(٧) البدائع ٢٠٨/٣ .

(٨) الروضة البهية ٢٨/٦ .

وقياساً على البيع ، فإن البيع يحتمل جريان الجهالة ، كما لو باع قفيزاً من صبرة أو باع أحد شيئين على أن يختار المشترى أيهما شاء جاز ، ولما كان كذلك وجب أن يأخذ الطلاق نفس الحكم ، بل هو أولى ، لأنه يحتمل خطر التعليق والجهالة ، والبيع لا يحتمل[1].

وقد نازع فى ذلك الشيعة الإمامية فى رأى وصفه بعضهم بأنه الأقوى عندهم ، فلم يوقعوا الطلاق بهذا اللفظ ، حيث قد اشترطوا تعيين المطلقة لفظاً أو نية لوقوع الطلاق[2]. كما روى هذا عن داود الظاهرى أيضاً[3].

وقد استدلوا بالمعقول من وجوه :

أحدها : أن الأصل بقاء النكاح ، فلا يزول إلا بسبب محقق السببية .

والثانى : أن الطلاق أمر معين ، فلا بد له من محل معين ، وحيث لا محل فلا طلاق.

والثالث : أن الأحكام من قبيل الأعراض ، فلا بد لها من محل تقوم به .

والرابع : أن توابع الطلاق من العدة وغيرها لا بد لها من محل معين[4].

والخامس : بالقياس على ما لو قال : لأحد هذين الرجلين علىَّ ألف درهم ، فإنه لو قال ذلك لا يلزمه لواحد منهما شئ ، فكذلك لو قال لزوجاته : **إحداكن طالق**[5].

إلا أن هذا رأى ضعيف ، وما ذهب إليه عامة الفقهاء هو الراجح . وبيان ضعف هذا الرأى من وجهين :

أحدهما : أنه مبنى على البراءة الأصلية التى تقتضى عدم وقوع الطلاق إلا بيقين . ولا شك أن هذه البراءة قد نقضت بهذا اللفظ من الزوج ، فهو طلاق صريح وقد صدر منه بيقين ، ولا شك أنه يزيل هذه البراءة . وعدم تعيين الزوجة لا يمكن أن يبطل مفعول هذه الصراحة.يقول الإمام الشوكانى:"ولا وجه ها هنا للرجوع إلى البراءة ، فقد وقع منه

---

(١) البدائع ٢٠٨/٣ .

(٢) اللمعة الدمشقية والروضة البهية ٢٨/٦، شرائع الإسلام ١٥/٣، المختصر النافع ص ٢٢١، فقه الإمام جعفر ٩/٦.

(٣) الحاوى الكبير ٢٧٩/١٠ .

(٤) الروضة البهية ٢٨/٦ .

(٥) الحاوى الكبير ٢٧٩/١٠ .

طـــلاق واحدة بيقين ، وعدم تعيينها لا يستلزم عدم وقوع ذلك الطلاق لا عقلاً ولا شرعاً ولا لغة ولا عرفاً"[١].

والـثاني : أن الإجمـــاع قائم على أنه إذا اجتمع الحلال والحرام ، غُلب الحرام[٢].

وتفـــريعاً على هذا الأصل المجمع عليه يجب القول بوقوع هذا الطلاق ؛ حيث إن هاتين المرأتين قد صارتا بهذا القول من الزوج إحداهما طالق يحرم عليه معاشرتها ، والأخرى غير طالق يحل له معاشرتها ، ولم تعرف هذه من تلك ، فوجب القول بحرمة وطئهما معاً حتى يتم التعيين .

إذا ثبـــت هذا ، فهل يقع الطلاق على واحدة فقط من زوجاته بهذا اللفظ ، أم أنه يقع على جميع زوجاته ؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلي رأيين :

الرأي الأول : يرى أنه يقع على واحدة فقط من زوجاته دون تعيين . روى هذا عن علـــي وابـــن عباس رضي الله عنهم ، وحماد والثوري والحسن وأبي ثور ، وإليه ذهب جمهـــور الفقهاء : الحنفية والشافعية والحنابلة ، والمدنيون من المالكية – وقد وصف هذا الرأي عندهم بالشذوذ – وبعض الإمامية[٣].

واستدلوا على ذلك بالأثر والمعقول :

أما الأثر : فما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال في رجل له أربع نسوة ، فطلق إحداهن ولم يدر أيتهن طلق : " **ينالهن من الطلاق ما ينالهن من الميراث**[٤] " وقد

---

(١) السيل الجرار ٢٥٧/٢ .

(٢) الحاوى ٢٧٩/١٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٩،للسيوطى ص ١٠٥ ، وللسبكى ١١٧/١.والأصل في هذه القـاعدة :ما روى مرفوعاً وموقوفاً على ابن مسعود رضي الله عنه:"**ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال**". قال الحافظ العراقي : لا أصل له . وقال البيهقي هو حديث رواه جابر الجعفي ، رجل ضعيف عن الشعبي عن ابن مسعود . وهو منقطع . قال ابن السبكي : غير أن القاعدة في نفسها صحيحة ونقل عن الجويني في السلسلة قوله :ولم يخرج عنها إلا ما ندر .(تراجع القاعدة وفروعها وما خرج عنها في :أشباه ابن نجيم ص ١٠٩ وما بعدها ، وأشباه السيوطي ص ١٠٥ وما بعدها ، وأشباه السبكي ١١٧/١ وما بعدها تحقيق الشيخين :عادل أحمد عبد الموجود ، على محمد معوض ط ١دار الكتب العلمية – بيروت – سنة ١٤١١هـ – ١٩٩١ م).

(٣) الـدر المختـار وحاشية ابن عابدين ٣٨٦/٤ ، ٣٨٧ ، البدائع ٢٠٨/٣ ، ٢٣٨ ، الحاوى ٢٧٨/١٠ ، شرح المحلى وحاشية القليوبي ٣٤٤/٣ ، مغنى المحتاج ٣٨٨/٣ ، المقنع والإنصاف ١٣٩/٩ ، ١٤٢ ، المغنى والشرح الكبير ٤٣٠/٨ ، ٤٣٢ ، ٤٦٠ ، ٤٦١ ، كشاف القناع ٣٣٢/٥ ، حاشية الدسوقي ٤٠٢/٢ ، مواهب الجليل ٣٨٠/٥ ، الروضة البهية ٢٨/٦ ، كشاف القناع ٣٣٣/٥ ، ٣٣٤ .

(٤) رواه البيهقي في سننه كتاب الطلاق باب الشك في الطلاق ٣٦٤/٧ .

سبق بيان أن معنى قوله " **ينالهن من الطلاق ما ينالهن من الميراث**" لو مات الرجل وقد طلـق واحـدة لا يـدرى أيتهن هي ، فإن الميراث يكون بينهن جميعاً يعنى موقوفاً حتى تعرف بعينها ، كذلك إذا طلقها ولم يعلم أيتهن هي ، فإنه يعتزلهن جميعاً إذا كان الطلاق ثلاثاً . وهذا واضح الدلالة على أن المطلقة واحدة فقط وليس الكل[1] .

وأما المعقول فمن وجوه :

أحدهـا : أنـه إذا كانت القاعدة أن الحرام إذا اجتمع مع الحلال يغلب الحرام ، فإن ذلـك يكـون إذا لم يمكن التمييز بينهما ، أما إذا أمكن التمييز بينهما فلا يغلب الحرام[2]. والتمييز ها هنا ممكن ، وذلك يكون عن طريق الزوج أو عن طريق القرعة – كما سيأتى إن شاء الله تعالى – فوجب القول بوقوع الطلاق على واحدة فقط من نسائه .

والثانى : أنه أضاف الطلاق إلى واحدة فقط ، فلم يطلق الجميع ، كما لو عينها[3].

والثالـث : أنـه لو قال لعبديه : أحدكما حر ، عتق عليه أحدهما فقط ، كذلك لو قال لزوجتيه : إحداكما طالق[4].

الـرأى الـثانى : يـرى أنه يقع على جميع زوجاته ناجزاً . وقد روى هذا عن قتادة رضى الله عنه ، وإليه ذهب المصريون من المالكية وهو المشهور فى المذهب ، والزيدية والإباضية[5].

واستدلوا على ذلك بالمعقول من وجهين :

أحدهمـا : أن الزوج قد أراد إيقاع الطلاق على واحدة منهن غير معينة ، ولم يجعل لنفســه فى الأمر سعة ، قالوا : "فلا وسع الله عليه" وبهذه اللفظة قد صارت إحداهن طالقاً بيقيــن ، وكــل واحــدة يحتمل أن تكون هى المرادة فتكون طالقاً بيقين ، ولذا لا تحل له واحدة منهن إلا بعد رجعة فى الطلاق الرجعى لكل واحدة[6].

---

(١) سنن البيهقى ٣٦٤/٧ ، الحاوي ٢٧٩/١٠ .

(٢) الحاوى ٢٧٩/١٠ .

(٣) المغنى والشرح الكبير ٤٣٠/٨ ، ٤٦٠ .

(٤) الحاوى ٢٧٩/١٠ ، حاشية الدسوقى ٤٠٢/٢ ، مواهب الجليل ٣٨٠/٥ ، جواهر الإكليل ٣٥٥/١ ، شرح الزرقانى وحاشية البنانى ١٢٥/٤ .

(٥) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٠٢/٢ ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٣٧٩/٥ ، ٣٨٠ ، حدائق الأزهار السيل الجرار ٣٥٣/٢ ، ٣٥٧ ، شرح كتاب النيل ٤٨٨/٧ ، المغنى والشرح الكبير ٤٣٠/٨ ، ٤٦٠ .

(٦) السيل الجرار ٣٥٧/٢ .

والثانى : أن الـزوج قد أرسل الطلاق عليهما ، وإرسال الطلاق عليهما يجعل لكل واحدة منهما حظاً ، فطلقتاكما لو شرك بينهما[1].

والراجح من هذين الرأيين هو الأول ، لقوة أدلته وصحتها وسلامتها من المعارضة ،وضعف أدلة المخالفين . وبيان هذا الضعف فيما يلى:

أولاً : أن الزوج وإن كان قد أرسل الطلاق على زوجاته ، إلا أن تمييز المطلقة منهن أمر ممكن ، وعند إمكان التمييز ، لم يغلب حكم الحظر[2].

ثانياً : أن هـذا القـول يتـنافى مـع لفـظ الزوج وقصده ، فإنه قد تلفظ بصيغة المفرد(أحدكما) وقصده واحدة منهن لا شك ، فكيف يعم الحكم الجميع؟

ثالثاً : أنـه يتنافى مع ما سبق إليه فهم حبر الأمة وترجمان القرآن – عبد الله بن عباس رضي الله عنهما – ، حيث قد حكم فى مثل هذه القضية بوقوع الطلاق على واحدة فقط من الزوجات دون باقيهن ، فكيف يقال بعد ذلك إن الطلاق يقع على الجميع ؟

رابعاً : إن الـزوج قـد يقول ذلك متأثراً بفعل حصل من إحداهن دون أن يعرفها ، فـيكون الـتقدير أن من فعلت هذا الفعل طالق ، وهذا احتمال وارد ، بل ربما يكون هو الغالب ، وحين تتضح له الفاعلة بالتحديد تكون هى المقصودة ، فبأى ذنب تطلق الباقيات على هذا الرأى ؟

وهذه التساؤلات تدفعنا إلى الاعتقاد بأن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح وهو الأولى بالاتباع ......

والله تعالى أعلم .

إذا ثبـت هـذا ورفعت دعوى من هذا القبيل ، فكيف يحكم القاضى فيها ؟ ذلك هو موضوع المطلب التالى :



---

(١) الحاوى ١٠/٢٧٨ ، ٢٧٩ .

(٢) الحاوى ١٠/٢٧٩ .

المطلب الثانى
الحكم فى دعوى الطلاق المبهم

سبق أن عرفنا أن للطلاق المبهم صورتين :

إحداهما : أن يقول الزوج لزوجاته : إحداكن طالق دون أن يعينها باللفظ أو بالنية .

والأخرى : أن ينوى عند قولته هذه واحدة بعينها ثم ينساها .

وحيـــن ترفع دعوى من هذا القبيل ، فإن الحكم فيها يتوقف على معرفة الوسيلة التى بها يتم تعيين الزوجة المطلقة فى الصورتين ، وهذه الوسيلة قد اختلف الفقهاء فى تحديدها فـــى كل من الصورتين ؛ الأمر الذى يتطلب منا أن نبين هذه الوسيلة فى كل صورة على حدة........ **فنقول وبالله التوفيق** .

أولاً : وسيلة تعيين الزوجة المطلقة فى الصورة الأولى :

اختلف الفقهاء فى تحديد هذه الوسيلة إلى رأيين :

الرأى الأول : يرى أن وسيلة تعيين الزوجة المطلقة فى هذه الحالة هى اختيار الزوج نفســـه ، فبمجرد صدور هذا اللفظ منه يمنع من زوجاته كلهن[١] ، ويؤخذ بنفقتهن إلى أن يختار أيتهن شاء فيوقع عليها الطلاق ، فإن امتنع من الاختيار حُبس . وهذا ما روى عن ابـــن عـــباس رضـــى الله عـــنهما ، وعن حماد والثورى وإليه ذهب الحنفية والشافعية ، والمدنـــيون مـــن المالكية – وهو الرأى الذى وصف بالشذوذ عندهم – وأحمد فى رواية ضعيفة[٢].

وقد استدل أصحاب هذا الرأى بالأثر والإجماع والمعقول :

أما الأثـر : فأثـــر ابن عباس السابق[٣]حيث ورد برواية أخرى تفيد هذا الحكم. فعن عطـــاء عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلاً من أهل عمان أتاه فقال : إن لي ثلاث نســـوة ، وإنـــى طلقت إحداهن ، فثبت طلاقها ، فقال ابن عباس : " إن كنت نويت طلاق واحدة منهن بعينها ثم أنسيتها فقد اشتركن في الطلاق كما يشتركن في الميراث ، وإن لم

---

(١) ما لم يكن الطلاق رجعياً ، لأن الرجعية زوجة .(فتح الوهاب للأنصارى ٢٨/٤).

(٢) الـــدر المختـــار وحاشية ابن عابدين ٣٨٦/٤ ، ٣٨٧ ، البدائع ٢٠٨/٣ ، ٢٣٨ ، مختصر المزنى ص ١٩٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠٣ ، شرح المحلى وحاشيتا قليوبى وعميره ٣٤٤/٣ ، مغنى المحتاج ٣٨٨/٣ ، الحاوى ٢٧٨/١٠ ، ٢٧٩ ، الانصـــاف ١٤٠/٩ ، المغـــنى والشرح الكبير ٤٢٩/٨ ، ٤٥٩ ، ٤٦٠ ، حاشية الدسوقى ٤٠٤/٢ ، جواهر الإكليل ٣٥٥/١ ، شرح الزرقانى وحاشية البنانى ١٢٥/٤ ، ١٢٦.

(٣) راجع صـــ ٤٨٥.

تكـــن نويـــت واحدة منهن بعينها ، فطلق أيتهن شئت وامسك الباقيتين[١] وفى هذا دليل واضح على أن طريقة التعيين هى اختيار الزوج نفسه[٢] .

وأما الإجماع : فقد حكاه الماوردى – **رحمه الله** – حيث قال بعد أن روى هذا الأثر عن ابـــن عـــباس : "وهـــذا قـــول ابن عباس ، وليس أعرف له فى الصحابة مخالفاً ، فصار إجماعاً"[٣].

وأما المعقول فمن وجهين :

أحدهمــا : القياس على العتق ، فإنه لو قال لعبديه : أحدكما حر ، عتق أحدهما ولزم المعتق تعيينه ، فكذلك الطلاق[٤].

والــثانى : أن الـــزوج يملك إيقاعه ابتداء وتعيينه ، فإذا أوقعه ولم يعنيه ملك تعيينه ، لأنه استيفاء ما ملكه[٥].

الــرأى الثانى : يرى أن وسيلة تعيين الزوجة المطلقة فى هذه الحالة هى القرعة ، فإذا قـــال الـــزوج لزوجاته : إحداكن طالق ، منع منهن كلهن ، وأخذ بنفقتهن إلى أن تجرى القرعة بينهن لاستخراج المطلقة منهن . وهذا مروى عن على وابن عباس رضـــــى الله عنهم ، والحسن وأبى ثور ، وإليه ذهب الحنابلة فى المذهب[٦].

واستدلوا على ذلك بالإجماع والمعقول أيضاً :

وأما الإجماع ، فقد حكاه غير واحد من الحنابلة ، منهم ابن قدامة وابن مفلح[٧] ....

---

(١) الحاوي الكبير ٢٧٩/١٠ .

(٢) الحاوي الكبير ٢٧٩/١٠ .

(٣) الحاوى ٢٧٩/١٠ .

(٤) حاشية الدسوقى ٤٠٢/٢ ، مواهب الجليل ٣٨٠/٥ ، شرح الزرقاني وحاشية البناني ١٢٥/٤ ، شرح الخرشي ٦٥/٤ ، الحاوى ٢٧٩/١٠ .

(٥) المغنى والشرح الكبير ٤٣٠/٨ ، ٤٦٠ ، المبدع ٣٨٣/٧ .

(٦) كشـــاف القـــناع ٣٣٢/٥ ، المحـــرر لابن تيمية ١٦/٢ ، الروض المربع ص ٣٩٠ ، المبدع ٣٨٢/٧ ، شرح منتهى الإرادات ١٨٠/٣ .

(٧) هو إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح ، أبو إسحاق ، برهان الدين مؤرخ من قضاة الحنابلة ولد في دمشق سنة ٨١٦هـ ، وولى قضاءها سنة ٨٥١ ، وعين لقضاة الديار المصرية سنة ٨٧٦هـ فلم يذهب.من محاسنه اخماد الفتن التي كانت تقع بين فقهاء الحنابلة وغيرهم في دمشق ، ولم يكن يتعصب لأحد . وتوفى سنة ٨٨٤هـ ومن أهم مؤلفاته " المبدع في شرح المقنع " و " المقصد الأرشد في أصحاب الإمام أحمد " . (الأعلام ٦٥/١ ، شذرات الذهب ٣٣٨/٧ ، معجم المؤلفين ١٠٠/١) .

والــبهوتى[١] ، حيث رووا هذا الرأى عن على وابن عباس رضى الله عنهم وقالوا : "ولا مخالف لهما فى الصحابة"[٢].

وأما المعقول فمن وجوه :

أحدها : أن الطــلاق فــى هذه الحالة إزالة ملك بنى على التغليب والسراية ، فتدخله القرعة كالعتق.وقد ثبت الأصل بقرعته صلى الله عليه وسلم بين العبيد الستة فعن عمران ابن الحصين رضى الله عنه أن رجلاً أوصى عند موته فأعتق ستة مملوكين له ، لم يكن له مال غيرهم ، **فدعاهم النبى صلى الله عليه وسلم فجزاهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة ، وقال له قولاً شديداً** "[٣].

والثانى : أن الحــق لواحد غير معين ، فوجب تعيينه بالقرعة كالحرية فى العبيد إذا أعــتقهم فــى مرضــه ولم يخرج جميعهم من الثلث ، وكالسفر بإحدى نسائه ، والبداية بإحداهن فى القسم ، وكالشريكين إذا اقتسما[٤].

والثالث : أنــه طلــق واحــدة مــن نسائه لا يعلم عينها ، فلم يملك تعيينها باختياره كالمنسية[٥].

وفى اعتقادى أنه يمكن العمل بكلا الرأيين ، فحين تعرض على القاضى قضية من هذا القبــيل ، فإنه يطلب من الزوج تعيين واحدة من زوجاته للطلاق ، عملاً بالرأى الأول ، فإن أبى عزّره ولو بالحبس[٦].

فإن لم يُجْدِ التعزيرُ معه ، بأن أصر على عدم البيان ، ناب القاضى منابه فى التعيين ، وذلــك بإجراء القرعة بينهن ، عملاً بالرأى الثانى ، وبهذا نجمع بين الأدلة ، فإن الجمع بين الأدلة واجب وخاصة إذا أمكن الجمع ، وهــو هنا ممــكن كما هو واضـــح.

---

(١) البهوتى هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن أحمد بن على بن إدريس البهوتى الحنبلى ، فقيه ولد سنة ١٠٠٠هـ وتوفى بمصر سنة ١٠٥١ هـ وكان شيخ الحنابلة بمصر فى عهده نسبته إلى بهوت فى غربية مصر ، له كتب منها "الروض المربع شرح زاد المستقنع من مختصر المقنع" و "كشاف القناع عن متن الإقناع للحجاوى" و "دقائق أولى النهى لشرح المنتهى" وغيرها . (الأعلام ٣٠٧/٧ ، معجم المؤلفين ٢٢/١٣)

(٢) المغنى والشرح الكبير ٤٣٠/٨ ، ٤٦٠ ، كشاف القناع ٣٣٢/٥ ، المبدع ٣٨٢/٧ ، ٣٨٣ .

(٣) سبق تخريجه فى صـ ٢٥٨ وانظر المغنى والشرح الكبير ٤٣٠/٨ ، ٤٦٠ ،المبدع ٣٨٣/٧ ، كشاف القناع ٣٣٢/٥ ، ٣٣٣ .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) المبدع ٣٨٣/٧ ،شرح منتهى الإرادات ١٨٠/٣ ، الروض المربع ص ٣٩٠،المغنى والشرح الكبير ٤٣٠/٨ ، ٤٦٠.

(٦) فتح الوهاب للأنصارى ٢٨/٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠٣ .

ولعــل هذا هو ما قصده بعض الإمامية حين قرروا أنه "لا يشترط التعيين – يعنى لا يشــترط تعيين الزوجة لوقوع الطلاق – وتستخرج المطلقة بالقرعة أو يعين من شاء"[(١)].

والله تعالى أعلم .

ثانياً : وسيلة تعيين الزوجة المطلقة فى الصورة الثانية :

إذا نوى الزوج عند قوله لزوجاته إحداكن طالق واحدة بعينها ، ثم نسيها لسبب ما كما لو طلقها فى ظلمة أومن وراء جدار ، أو كمرض أصابه كفقدان الذاكرة ونحو ذلك ، فإن وسيلة تعيين المطلقة فى هذه الحالة هى اختيار الزوج نفسه ، على ما ذهب إليه أكثر أهل العلم ممن قالوا بوقوع الطلاق على واحدة فقط من زوجاته فى هذه الحالة فإذا بين إحداهن قُـبِل قوله إذا صدقنه ، وإلا بأن كذبنه ، حلف للباقيات منهن دون المطلقة ، لأنه لو رجع عن المطلقة لم يقبل قوله ، ولو رجع عن الباقية قبل منه[(٢)].

وإنما كانت وسيلة التعيين هى اختيار الزوج نفسه لما يلى :

أولاً : لأنــه اشــتبهت علــيه زوجته بأجنبية ، فلم تحل له إحداهما بالقرعة ، كما لو اشتبهت بأجنبية لم يكن له عليها عقد .

ثانياً : لأن القرعة لا تزيل التحريم عن المطلقة ، ولا ترفع الطلاق عمن وقع عليها ، لاحتمال كون المطلقة غير من خرجت عليها القرعة ، ولهذا لو ذكر أن المطلقة غيرها حرمت عليه ، ولو ارتفع التحريم أو زال الطلاق لما عاد بالذكر ، فيجب بقاء التحريم بعد القــرعة كمــا لو كان قبلها . ولا يحل لمن وقعت عليها القرعة التزوج ، لأنها يجوز أن تكون غير المطلقة ، ولا يحل للزوج غيرها ، لاحتمال أن تكون المطلقة .

ثالثاً : أن بعض الحنابلة قالوا فيمن طلق امرأته فلم يدر أواحدة طلق أو ثلاثاً ، ومن حلف بالطلاق أن لا يأكل تمرة فوقعت فى تمر فأكل منه واحدة ، لا تحل له امرأته حتى يعلــم أنهــا ليســت الــتى وقعت عليها اليمين ، فحرمها ،مع أن الأصل بقاء النكاح ولم يعارضه يقين التحريم ، فها هنا أولى[(٣)].

---

(١) الروضة البهية ٢٠٨/٦ ، شرائع الإسلام ١٥/٣ .

(٢) المهــذب ٣٦٦/٤ ، تكملة المجموع ٣٥١/٨ ، الحاوى الكبير ٢٧٩/١٠ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٢٧/٤ ، مغنى المحتاج ٣٨٧/٣ ، المغنى ٤٣٢/٨ ، المقنع والانصاف ١٤١/٩ ، ١٤٢ .

(٣) راجع هذه الوجوه فى : المغنى والشرح الكبير ٤٣٣/٨ ، ٤٦١ ، ٤٦٢ ، المبدع ٣٨٤/٧ ، الكافى ٢٢٢/٣ .

وقد خالف فى ذلك عامة أصحاب الإمام أحمد ؛ حيث يرون أن وسيلة التعيين فى هذه الحالة هى القرعة كما هو مذهبهم فى الصورة الأولى[١] . مستدلين على ذلك بالأثر والمعقول :

أما الأثر فما روى عبد بن حميد[٢] قال : سألت أبا جعفر عن رجل قدم من خراسان وله أربع نسوة ، قدم البصرة فطلق إحداهن ونكح ثم مات لا يدرى الشهود أيتهن طلق ؟ فقال : قال على رضى الله عنه : أقرع بين الأربع وأنذر منهن واحدة واقسم بينهن فى الميراث[٣] .

وأما المعقول فمن وجهين :

أحدهما : أنها مطلقة لم تعلم بعينها ، فأشبه ما لو قال : إحداكن طالق ، فوجب أن تشرع القرعة فيها ؛ لأنها طريق شرعى لإخراج المجهول[٤]

والثاني : أنه إزالة أحد الملكين المبنين على التغليب والسراية ، أشبه العتق[٥]

والثالث : أن الحقوق إذا تساوت على وجه لا يمكن التمييز بينها إلا بالقرعة ،صحت كالشركاء فى القسمة[٦]

لكن هذا رأى ضعيف ، وما ذهب إليه أكثر أهل العلم هو الراجح ، لقوة أدلتهم وصحتها وسلامتها من المعارضة . أما ما استدل به الخالفون فمردود بما يلى :

---

(١) المغنى والشرح الكبير ٤٣٤/٨ ، ٤٦٢ ، كشاف القناع ٣٣٤/٥ ، الكافى ٢٢٢/٣ ، الروض المربع ص ٣٩٠ ، شرح منتهى الإرادات ١٨٠/٣.

(٢) هو عبد بن حميد بن نصر الكشى (نسبة إلى مدينة كشى ـ مدينة تقارب سمرقند) أبومحمد ، المحدث الحافظ ، الجوال ، المفسر ، المتوفى بدمشق سنة ٢٤٩ هـ سمع يزيد بن هارون ، وابن أبى فديك وغيرهما قال ابن العماد : " وكان ثقة ثبتاً " من آثاره "المسند الكبير" و " تفسير القرآن " " (شذرات الذهب ١٢٠/٢ ، البداية والنهاية ٤/١١ الكافى ، معجم المؤلفين ٦٦/٥) .

(٣) أسنده إليه موفق الدين ابن قدامة فى المغنى ٤٣٢/٨ ، ٤٣٣ ، وشمس الدين ابن قدامه فى الشرح الكبير ٤٦١/٨، ورواه الموفق فى الكافي ٢٢٣/٣ عن على رضى الله عنه .

(٤) المغنى والشرح الكبير ٤٣٤/٨ ، ٤٦٢ ، كشاف القناع ٥/ ٣٣٤ ، المبدع ٧ /٣٨٤ ، الروض المربع ص ٣٩٠ ، شرح منتهى الإرادات ٣ /١٨٠ .

(٥) المغنى والشرح الكبير الموضعان السابقان .

(٦) المبدع ٣٨٤/٧ .

أولاً : إحتجاجهم بأثر على رضى الله عنه غير صحيح ؛ لأنه قد ورد فى الإرث لا فى الحل . يقول ابن قدامة – **رحمه الله**[1] – : " وأما حديث على فهو فى الميراث لا فى الحل ، وما نعلم بالقول بها فى الحل من الصحابة قائلاً ".

ثانياً : أن القياس على ما لو قال : إحداكن طالق وعلى العتق لا يصح ؛ لوجهين .

الأول : أن القول بلزوم القرعة فى حالة ما إذا قال : إحداكن طالق .

وما إذا قال : أحد كما حر ، أمر غيز متفق عليه ؛ بل هو مذهب الحنابلة ، أما غيرهم فقد قال بلزوم أن يختار الزوج إحدى زوجاته للتطليق ، أويختار السيد أحد عبديه للحرية كما سبق بيانه[2] ، ولا يحتج بمذهب على مذهب .

والثانى : أنه على فرض لزوم القرعة فى قوله : إحداكن طالق ، فإن قياس مسألتنا عليها لا يصح أيضاً ؛ لأن المطلقة هناك غير معينة لا بالنية ولا باللفظ . أما هنا فهى معينة بالنية ، وبالتالي فالطلاق واقع لا محالة ، والقرعة لا ترفعه عنها ولا توقعه على غيرها ، ولا يؤمن وقوع القرعة على غيرها ، واحتمال وقوع القرعة على غيرها كاحتمال وقوعها عليها ، بل هو أظهر فى غيرها ، فإنهن إذا كن أربعاً فاحتمال وقوعه فى واحدة منهن بعينها أندر من احتمال وقوعه فى واحدة من ثلاث ، ولذلك لو اشتبهت أخته بأجنبية ، أو ميتة بمذكاة ، أو زوجته بأجنبية ، أو حلف بالطلاق لا يأكل ثمره فوقعت فى ثمر ، وأشباه ذلك لا تدخله القرعة ، فكذا ها هنا[3] **والله تعالى أعلم** .

المطلب الثالث

موقف قانون الأحوال الشخصية من الطلاق المبهم والحكم فى الدعوى به

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية بالنص على حكم الطلاق المبهم من حيث الوقوع وعدمه ، ولا على الحكم فيما لو رفعت الدعوى به ، فهذا من المسكوت عنه الذى يخضع فى أحكامه للقاعدة العامة القاضية بتطبيق أرجح الأقوال في ....

---

(١) فى المغنى ٤٣٤/٨ .

(٢) راجع ص ٤٩٠ .

(٣) المغنى والشرح الكبير ٤٣٤/٨ ، ٤٦٢ .

مذهب الإمام أبى حنيفة ، والتى تكرر النص عليها فى المادتين ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (الملغى) و ٣ من ديباجة القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ [١] .

وقد وقفنا فيما مضى على أن مذهب الإمام أبى حنيفة وعامة الفقهاء هو أن هذا النوع من الطلاق واقع سواء نوى الزوج عند تلفظه به واحدة من نسائه بعينها لعارض ،أو لم ينو واحدة منهن ولم يعينها باللفظ [٢] .

كما وقفنا على أن هذا مذهب أبى حنيفة كغيره من جماهير الفقهاء هو أن هذا الطلاق يقع على واحدة فقط من نسائه لا عليهن كلهن ،وأن ذلك هو الراجح [٣].

وعرفنا كذلك أن ، الحكم فيما لو رفعت دعوى بمثل هذا الطلاق يتوقف على تحديد وسيلة تعيين الزوجة المطلقة. وأن هذه الوسيلة فى مذهب الحنفية وغيرهم من جمهور الفقهاء هى إختيار الزوج نفسه فى كل من صورتى الطلاق المبهم ، فبمجرد صدور هذا اللفظ من الزوج يمنع من زوجاته كلهن ، ويؤخذ بنفقتهن، ويؤمر باختيار أيتهن شاء ليوقع عليها الطلاق ،فإن امتنع حبس .وبينا أن الرأى الثانى الذى يقول بأن الوسيلة هى القرعة يجريها القاضى بين الزوجات،يمكن الأخذ به أيضاً فى الصورة الأولى من صور الطلاق المبهم إذا لم يجد التعزير بالحبس مع الزوج وظل ممتنعاً عن البيان جمعاً بين أدلة كلا الرأيين ،وعملاً على سرعة البت فى الدعوى [٤] ...

هذا والله أعلم .



---

(١) الأحوال الشخصية طبقاً لأحدث التعديلات ص ٧٠ ،الجريدة الرسمية العدد ٤ مكرر الصادر فى ٢٢ شوال سنة ١٤٢٢ هـ - ٢٩ يناير ٢٠٠٠ السنة ٤٣ ص ٣ .

(٢) راجع ص ٤٨٤ وما بعدها .

(٣) راجع ص ٤٨٧ وما بعدها .

(٤) انظر ص ٤٩٠ وما بعدها .

المبحث الثانى
أحكام دعوى المتعة
فى الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية

تمهيد :

المتعة – بضم الميم ،وحكى كسرها –: مشتقة من المتاع ، وهو ما يستمتع به والمراد بها ومال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة فى الحياة بطلاق وما فى معناه ويستوى فيها الحر وغيره ،والمسلم والذمى ،والحرة وغيرها ، والمسلمة والذمية[(١)]

أو هى بعبارة أخرى:الشىء الذى يتبلغ به ويستعان به على ترويح الحال فى الدنيا[(٢)] وتقديرها – كما سنرى– موكول إلى إجتهاد القاضى على حسب حال الزوج المطلق يساراً وإعساراً وتوسطاً .

ولما كان الأمر كذلك فإن المطلقة حين ترفع دعوى تطالب فيها بالمتعة[(٣)] ،فإنها لا يلزمها بيان مقدار ما تطالب به كمتعة لها ؛إذ القاعدة – كما سبق أن عرفنا –: " أن كل ما كان المطلوب فيه موقوفاً على تقدير الماضى ، فإن الدعوى بالمجهول تسمع فيه "[(٤)] وقد جاء فى أشباه السيوطى ضمن مسائل الدعوى بالمجهول " المتعة فيما إذا حضرت

---

(١) نهاية المحتاج ٣٦٤/٦ ، مغنى المحتاج ٣٠٧/٣ ، تكملة المجموع للدكتور محمد مطرجى ٦٩/١٨ .

(٢) النظم المستعذب بشرح غريب المهذب ٦٣/٢.

(٣) والمطلقة التى تستحق المتعة ،وبالتالى يحق لها رفع هذه الدعوى ،هى المطلقة قبل الدخول وقبل الفرض فى نكاح التفويض ،باتفاق الفقهاء(راجع ص ٣٩٧ وما بعدها) وكذلك المطلقة قبل الدخول وبعد الفرض فى نكاح التفويض ،على رأى أبى حنيفة ومحمد ،وأبى يوسف فى قوله الأخير ،وأحمد فى رواية والظاهرية والزيدية . بخلاف ما يراه أبو يوسف فى القديم والمالكية والشافعية والحنابلة فى المذهب والإباضية ،وابن عمر وعطاء والشعبى والنخعى وأبو عبيد ،حيث قالوا بعدم استحقاقها للمتعة . كما أن المطلقة بعد الدخول فى نكاح التفويض أو فى نكاح التسمية تستحقها ،على رأى الشافعى فى الجديد وأحمد فى رواية ،والظاهرية والزيدية ،وبعض الإباضية وجماعة من الصحابة والتابعين منهم على والحسن وسعيد بن جبير وأبو قلابة والزهرى وقتادة والضحاك وأبو ثور. بخلاف ما يراه الحنفية والمالكية والشافعى فى القديم ،والحنابلة فى ظاهر المذهب والإباضية فى صحيح مذهبهم حيث قالوا بعدم استحقاقها لها .(راجع :البدائع ٤٤٨/٢ ، ٤٤٩ ،العناية وفتح القدير ٣/ ٣٢٥ ، ٣٢٦ ،تبيين الحقائق وحاشية الشلبى ١٤١/٢ ،بداية المجتهد ١١٨/٢ ،الكافى لابن عبد البر ص ٢٥٠ ،أسهل المدارك ١١٩/٢ ،المنتقى للباجى ٢٨١/٣ ، ٨٨/٤ ،أحكام القرآن لابن العربى ٢١٧/١ ،المهذب ٢٢١/٤ ،تكملة المجموع د.محمد مطرجى ٧١/١٨ ،مغنى المحتاج ٣٠٧/٣ ،شرح المحلى ٢٩١/٣ ،المغنى والشرح الكبير ٤٩/٨ ، ٥٠ ، ٩٠وما بعدها ،الكافى لابن قدامة ١٠٧/٣ ،المحرر لابن تيمية ٣٧/٢ ،شرح منتهى الإرادات ٨١/٣ ،المحلى لابن حزم ٣/١٠ ،حدائق الأزهار والسيل الجرار٢/ ٢٨٠ وما بعدها ،شرح كتاب النيل ٣٨٤/٧ ، ٣٨٥) تفسير الطبرى ٩٩/٢١) .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠٤ ،نهاية المحتاج ٣٤١/٨ ،حاشية الجمل على شرح الأنصارى ٤١٤/٥ .

المفارقة بسبب من غير جهتها التى لا شطر لها ،أولها الكل بطلبها ،فإنها تدعى بها من غير احتياج إلى بيان ،ثم القاضى يوجب لها ما يقتضيه الحال من يسار وإعسار وتوسط[١]

وفيما يلى توضيح ما يجب الحكم به فى هذه الدعوى فى كل من الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية ،من خلال مطلبين :

المطلب الأول
الحكم فى دعوى المتعة
فى الفقه الإسلامى

للوقوف على ما يجب أن يحكم به فى هذه الدعوى ، يجب التعرف على الحكم الفقهى فى مسألتين :

الأولى: مقدار المتعة. **والأخرى** : أساس تقديرها .

وفيما يلى بيان الحكم الفقهى فى هاتين المسألتين :

المسألة الأولى : مقدار المتعة :

اختلف الفقهاء فى مقدار المتعة إلى مذهبين :

المذهب الأول : قال به جمهور الفقهاء : المالكية والشافعية وأحمد فى رواية والإباضية ،والزيدية فهؤلاء يرون أنه ليس للمتعة حد فى قليلها ولا فى كثيرها ،بل إن ذلك موكول إلى إجتهاد القاضى ،والقاضى يجتهد فى تحديدها على حسب حال الزوج من اليسار والإعسار والتوسط . وقد روى هذا عن الحسن أيضاً ومالك بن أنس[٢]

وقد استدل هؤلاء بالكتاب والآثار والمعقول :

أما الكتاب : فقوله تعالى :﴿ **ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين**﴾ [٣].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠ .

(٢) الموطأ ٥٧٣/٢ الذخيرة للقرافى ٤٥٠/٤ ،الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٢٠١/٣ ،أحكام القرآن لأبن العربى ٢١٧/١ ،الحاوى ٤٧٧/٩ ،المغنى ٥٤/٨ ،الشرح الكبير معه ٩٢/٨،الإنصاف ٣٠١/٨ ،السيل الجرار ٢٨٠/٢ هامش ٣، فتح القدير للشوكانى ٢٥٣/١ ، تفسير البغوى ٢١٧/١ كتاب النيل وشرحه ٣٨٧/٧هذا وقد نقل بعض فقهاء الشافعية عن الإمام الشافعى أنه استحسن فى موضع من القديم أن تكون المتعة بقدر خادم ، وحكاه عن ابن عباس .ونقل بعضهم عنه أنـه استحسن أن تكون بقدر ثلاثين درهماً ،وحكاه عن ابن عمر . وقد وفق بعضهم بين القولين فقالوا: ويستحب أن لا تنقص المتعة عن ثلاثين درهماً أو ما قيمته ذلك وأن لا تعلو على خادم ، فأدناها ثلاثون درهماً وأعلاها خادم وأوسطها ثوب قالوا : ويسن أن لا تبلغ نصف مهر المثل . وذكر بعضهم أيضاً أنه لا يزيد وجوباً على مهر المثل . وبعضهم أيضاً قيد اللجوء إلى تقدير الحاكم بما إذا تنازع الزوجان فى تقديرها .

والتحقيق ما ذكرناه فى المتن من أن مذهب الشافعى كما لِكٍ فى أن ذلك متروك لتقدير القاضى . يقول الإمام الماوردى بعد أن حكى الروايتين عن الشافعى : "وليس فيما ذكره تقدير لا تجوز الزيادة عليه ولا النقصان منه ؛ لاختلافه باختلاف العادات فى أجناس الناس وبلدانهم كالمهر الذى لا ينحصر بقدر ، وما وجب ولم ينحصر بمقدار شرعى كان تقديره معتبراً باجتهاد الحاكم " (الحاوى ٤٧٧/٩،المختصر ص ١٨١، مغنى المحتاج ٣٠٨/٣ ، شرح المحلى وحاشيته١٣ قليوبى وعميرة ٢٩١/٣ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٥١٥/٣، تكملة المجموع ٧٤/١٨ ، ٧٥) لكن الشافعية لم يتفقوا على وجوب اعتبار حال الزوج عند تقدير المتعة كالمالكية ، وإنما اختلفوا فيما بينهم فى ذلك كما سنرى إن شاء الله تعالى فى ص٥٠٤ .

(٣) من الآية ٢٣٦ من سورة البقرة .

فقد أوجبت هذه الآية المتعة على حسب حال الزوج يساراً وإعساراً؛ فدلت على عدم وجود حد لأقل المتعة أو لأكثرها[١] ، وهذا يتأيد بما ورد في سبب نزولها . فقد روى أنها نزلت في رجل من الأنصار تزوج امرأة من بني حنفية ولم يسم لها مهراً ، ثم طلقها قبل أن يمسها ، فنزلت الآية ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم :" متعها ولو بقلنسوتك "[٢]

وأما الآثار فمنها :

١- ما روى عن الحسن بن علي رضي الله عنهما أنه متع بعشرين ألفاً[٣] . فقد أخرج البيهقي عن سويد بن غفلة قال : كانت الخثعمية تحت الحسن بن علي رضي الله عنهما ، فلما أن قتل علي رضي الله عنه ، بويع الحسن بن علي ، دخل عليها الحسن بن علي فقالت : لتهنك الخلافة . فقال الحسن بن علي : أظهرت الشماتة بقتل علي ، أنت طالق ثلاثاً . فتلففت في ثوبها وقالت : والله ما أردت هذا ، فمكثت حتى انقضت عدتها وتحولت ، فبعث إليها الحسن بن علي بقية من صداقها وبمتعة عشرين ألف درهم . فلما جاءها الرسول ورأت المال قالت : متاع قليل من حبيب مفارق . فأخبر الرسول الحسن بن علي رضي الله عنهما . فبكى وقال : لولا أني سمعت أبي يحدث عن جدي النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "من طلق امرأته ثلاثاً لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره" لراجعتها[٤].

٢- ما روى عن شريح أنه متع بخمسمائة درهم[٥].

٣- ما روى عن ابن سيرين أنه كان يمتع بالخادم أو بالنفقة أو بالكسوة[٦].

فهذه الآثار كلها تدل على أنه لا حد لأقل المتعة ولا لأكثرها ، ودلالتها على ذلك ظاهرة.

---

(١) الذخيرة ٤/٤٥٠ ، المنتقى ٤/٨٩، تفسير التحرير والتنوير لابن عاشور ٢/٤٦٢ ، ٤٦٣ ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/٢٠٢ ، أحكام القرآن لابن العربي ١/٢١٧ ، شرح كتاب النيل ٧/٣٨٧ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/٢٠٢ . والقلنسوة : لباس للرأس مختلف الأنواع والأشكال وتجمع على "قلانس" و "قلانيس" . (المعجم الوجيز ص ٥١٢) .

(٣) تفسير القرطبي ٣/٢٠١ ، تفسير الطبري ٢/٣٢٨ ، وفيه أنه متع بعشرة آلاف ، وكذا في تفسير ابن كثير ١/٢٨٨ ، وشرح كتاب النيل ٧/٣٨٧ ، وانظر المغني ٨/٥٥ ، الشرح الكبير معه ٨/٩٢ .

(٤) سنن البيهقي كتاب الصداق باب المتعة ٧/٦٥٧ .

(٥) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/٢٠١ ، تفسير الطبري ٢/٣٢٨ .

(٦) رواه ابن جرير الطبري في تفسيره ٢/٣٢٨ ، وابن كثير في تفسيره ١/٢٨٧ .

وأما المعقول فمن وجهين :

أحدهما : أن هذا أمر لم يرد الشرع بتقديره ، وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد ، فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات[١].

والثاني : أن تقدير المتعة يختلف باختلاف العادات فى أجناس الناس وبلدانهم كالمهر الذى لا ينحصر بقدر ، وما وجب ولم ينحصر بمقدار شرعى ، كان تقديره معتبراً باجتهاد الحاكم[٢].

المذهب الثانى : يرى أصحابه أن المتعة مقدرة فلها حد أعلى لا يجوز أن تتجاوزه وحد أدنى لا يجوز أن تقل عنه إلا بالتراضى .ولكنهم اختلفوا فى هذا المقدار : فذهب الحنفية إلى أنها مقدره بما تكتسى به المرأة عند الخروج عادة[٣] أو قيمتها نقداً بشرط أن لا تقل عن خمسة دراهم وأن لا تزيد عن نصف مهر المثل .أى أن هذه المتعة إما أن تكون زائدة على نصف مهر المثل ، وإما أن تكون مساوية له ، وإما أن تكون أقل من خمسة دراهم أو مساوية لها . فإن كانت زائدة على نصف مهر المثل فلها نصف مهر المثل ، وإن كانت مساوية له فلها المتعة ، وإن كانت أقل من خمسة دراهم فلها الخمسة دراهم ، وإن كانت مساوية للخمسة دراهم فلها المتعة . وقد روى هذا أيضاً عن عائشة وابن عباس رضى الله عنهم ، والحسن وسعيد بن المسيب ، وعطاء والشعبى ، إلا أنه لم يرو عن هؤلاء هذا الشرط وقد اقترب الإمام أحمد من هذا المذهب فى رواية ثانية عنه ، فقدرها بما يصادف نصف مهر المثل[٤].

---

(١) المغنى ٥٤/٨ ، الشرح الكبير معه ٩٢/٨ ، المبدع ١٦٩/٧ ، الكافى لابن قدامة ١٠٨/٣ ، شرح كتاب النيل ٧/ ٣٨٧ ، ٣٨٨ .

(٢) الحاوى الكبير ٤٧٧/٩ .

(٣) وقد قدرها بعضهم بثلاثة أثواب : درع – قميص – وخمار – ثوب تغطى به رأسها – وملحفة – ملاءة تلتحف بها بين قرنها إلى قدمها– لكن هذا التقدير مبنى على أساس العرف الجارى عندهم ، فإذا جرى عرف على أن كسوة المرأة أكثر من ذلك عمل به يقول ابن عابدين فى حاشيته ١٧٩/٤ : "إنه يعتبر عرف كل بلدة لأهلها فيما تكتسى به المرأة عند الخروج"

(٤) الهداية ٤٩٢/٢ ، البدائع ٤٤٩/٢ ، العناية وفتح القدير ٣٢٧/٣ ، ٣٢٨ ، تبين الحقائق ١٤٠/٢ ،تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين ١٧٩/٤ تفسير القرطبى ٢٠٢/٣ ، تفسير الجصاص ١٤٤/٢ ، تفسير ابن كثير ٢٨٧/١ ، سنن البيهقى ٢٤٤/٧ ، الانصاف ٣٠١/٨ ، المغنى ٥٤/٨ ، الشرح الكبير معه ٩٢/٨ ، المبدع ١٦٩/٧ ، شرح كتاب النيل ٣٨٨/٧ .

وقد استدل هؤلاء بالكتاب والأثر والمعقول :

أما الكتاب فقوله تعالى: **﴿متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين﴾**. والمتـــاع اسم للعروض في العرف[١].

وأما الأثر : فما روى عن أبي مجلز أنه قال ؟: قلت لابن عمر رضى الله عنهما : أخــبرني عن المتعة ، وأخبرني عن قدرها ، فإني موسر . فقال : اكس كذا ، اكس كذا ، اكس كذا . قال : فحسبت ذلك فوجدته قدر ثلاثين درهماً[٢].

ففي هذا الأثر دليل على أن المتعة مقدرة بالكسوة حيث لم يأمر ابن عمر رضى الله عنهما أبا مجلز بغيرها رغم يساره[٣].

وأما المعقول فقــد استدلوا به على اشتراط عدم جواز زيادة المتعة عن نصف مهر المثل وعدم جواز نقصها عن خمسة دراهم :

أما عدم جواز زيادتها على نصف مهر المثل فمن وجهين :

أحدهما : أن المهر المسمى أقوى وآكد من غير المسمى ، ومع هذا فإنه لا يزاد على نصفه إن وقع الطلاق قبل الدخول . وإذا كان ذلك كذلك فلأن لا تزاد المتعة على نصف مهر المثل أولى .

والثانى : أن المتعة بدل عن نصف مهر المثل ، ولا يزاد البدل عن الأصل[٤].

وأما عدم جواز نقصها عن خمسة دراهم ، فلأن أقل المهر عند الحنفية عشرة دراهم ، ونصفها خمسة ، فلا يجوز أن تقل عنها ، لأنها أقل عوض يثبت في النكاح[٥].

وأمـــا إعطاؤها المتعة في حالة مساواتها لنصف مهر المثل أو لخمسة دراهم ، فلأنها الفريضة بالكتاب العزيز[٦].

وذهب الإمام أحمد في رواية ثالثة إلى أن أعلى المتعة خادم وأدناها كسوة ، هى درع وخمـــار وثـــوب تصلى فيه ، وذلك يكون على حسب حال الزوج ، فمن كان غنياً فليمتع

---

(١) البدائع ٢/٤٤٩ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٤٤٩ ، ٤٥٠ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٤٤٩ ، ٤٥٠.

(٤) البـــدائع ٢/٤٥٠ ، تبيين الحقائق ٢/١٤٠ ، تفسير القرطبي ٣/٢٠٢ ، أحكام القرآن للجصاص ٢/١٤٤ ، العناية والفتح ٣/٣٢٧ ، ٣٢٨ ، حاشية ابن عابدين ٤/١٧٩ .

(٥) المراجع السابقة .

(٦) العناية والفتح ٣/٣٢٧ ، ٣٢٨ ، حاشية ابن عابدين ٤/١٧٩ .

بالخـــادم ، ومـــن كـــان فقيراً فليمتع بالكسوة .قال ابن قدامة : "ونحو ذلك قال ابن عباس والزهري والحسن"[١].

فقد روى عن ابى عباس رضى الله عنهما أنه قال : " متعة الطلاق أعلاها الخادم ، ودون ذلك الورق ، ودون ذلك الكسوة "[٢].

كما روى عنه أيضا أنه قال : " إن كان موسراً متعها بخادم أو نحو ذلك ، وإن كان معسراً متعها بثلاثة أثواب "[٣].

كذلـــك روى أن عبد الرحمن بن عوف طلق امراته تماضر الكلبية ، فحممها بجارية سوداء – يعنى متعها – قال إبراهيم النخعي : العرب تسمى المتعة التحميم[٤]

وهذا فيما إذا تشاحًا فى قدرها ، فان سمح لها بزيادة على الخادم أو رضيت بأقل من الكسوة جاز ؛ لأن الحق لهما لا يخرج عنهما ، وهو مما يجوز بذله فجاز ما اتفقا عليه كالصداق . وقد روى عن الحسن أنه متع بعشرين ألف درهم .[٥]

وذهب الظاهرية إلى أن أعلى المتعة خادم وأوسطها ثلاثون درهما عراقيا ، وأدناها يكـــون علـــى حسب الطاقة ولو مداً أو درهماً . فالموسر يمتع بالخادم ، والمتوسط يمتع بثلاثين درهماً ، والمقل يمتع بمد أو درهم على حسب طاقته .[٦]

وقد استدل هؤلاء بأن المتعة تقدر بالمعروف كالنفقة والكسوة ، لما روى عن فاطمة بنـــت قيس رضى الله عنها قالت : طلقنى أبو عمر بن حفص البتة ، ثم خرج الى اليمن " ووكـــل بهـــا عياش بن أبى ربيعة ، فأرسل اليها عياش بعض النفقة فسخطتها . فقال لها عياش : مالك علينا نفقة ولا سكنى هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسليه . فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما قال ، فقال لها : **ليس لك نفقة ولا مسكن ، ولكن متاع بالمعروف ، واخرجى عنهم** "[٧]

---

(١) المغــنى ٥٣/٨ ، الشـــرح الكبير ٩٢/٨ ، الكافى لابن قدامة ١٠٨/٣ ، كشاف القناع ١٥٨/٥ ، تنوير المقباس من تفسير ابن عباس ص ٣٣ – مكتبة جمهورية مصر ـــ .

(٢) رواه ابن حزم فى المحلى بالآثار ٩/١٠ ، وابن كثير فى تفسيره ٢٨٧/١ ، وابنا قدامة فى المغنى ٥٣/٨ ، والشرح الكبير ٩٢/٨، والطبرى فى تفسيره ٣٢٨/٢ .

(٣) رواه الطبرى فى تفسيره ٣٢٨/٢ ، وابن كثير فى تفسيره ٢٨٧/١ ، تنوير المقباس من تفسير ابن عباس ص ٣٣ .

(٤) رواه ابن حزم فى المحلى ١١/١٠، وابنا قدامة فى المغنى ٥٤/٨ ، والشرح الكبير ٩٣/٨، والطبرى فى تفسيره ٣٢٨/٢

(٥) المغنى والشرح الكبير ٥٤/٨ ، ٥٥ ، ٩٣ ، المحلى ١١/١٠ ، وانظر الآثر فى ص ٤٩٩ .

(٦) المحلى لابن حزم ٣/١٠.

(٧) رواه مســـلم فى صحيحه كتاب الطلاق باب (٦) المطلقة البائن لا نفقة لها ٩٤/١٠ وما بعدها (١٤٨٠/٣٦) ، وأبو داود فى سننه كتاب الطلاق باب فى" نفقة المبتوتة " ٢٨٥/٢ ومابعدها(٢٢٨٤ ، ٢٢٨٥، ٢٢٨٦ ، ٢٢٨٧ ، ٢٢٨٨) ، وأحمد فى المسند ٤١٣/٦ ، والنسائى فى كتاب الطلاق ٧٥/٦ ، وابن حزم فى المحلى ١٠/١٠.

قالوا " فهذا غاية البيان أن المتعة مردودة الى ما كان معروفا عندهم يومئذ[١]

واذا ثبت أن المتعة مقدرة بالمعروف عندهم يومئذ ، فان المعروف عندهم يومئذ هو أن أعلاها خادم وأوسطها ثلاثون درهماً وأدناها مُد أودرهم على حسب الطاقة . ومما يؤيد ذلك الأثران السابقان المرويان عن ابن عباس وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهم ، وكذلك ما روى عن ابن عمر أنه قال : " أدنى ما أراه يجزئ فى المتعة ثلاثون درهما[٢] .

قال ابن حزم : " فقد اتفق ابن عباس وعبد الرحمن بحضرة الصحابة رضى الله عنهم ، لا يعرف لهما فى ذلك مخالف من الصحابة رضى الله عنهم ، على أن متعة الموسر المتناهى خادم أسود ، فان زاد على ذلك فهو محسن ، كما فعل الحسن بن على وغيره ، فان كان غير مطيق للخدمة فليس خادما ، فعلى هذا المقدار يجبر الموسر إذا أبى أكثر من ذلك .

"وأما المتوسط فيجبر على ثلاثين درهما أو قيمتها ؛ إذ لم يأت عن أحد من الصحابة رضى الله عنهم أقل من ذلك كما روينا آنفاً عن ابن عباس وابن عمر إذ رأيا ذلك هو المعروف .

" وأما المقتر فأقلهم من لا يجد قوت يومه ، أولا يجد زيادة على ذلك ، فهذا لا يكلف حينئذ شيئا ، لكنها دين عليه ، فان وجد زيادة على قوته ، كلف أن يعطيها ما تنتفع به ولو فى أكلة يوم ، كما أمر الله عز وجل ، إذ يقول : ﴿ **وعلى المقتر قدره** ﴾أهـ[٣]

إلا أن الذى تطمئن اليه النفس من هذه المذاهب هو المذهب الأول الذى يرى أن المتعة لاحد لها فى قليل ولا كثير ، وأن تحديدها موكول الى اجتهاد الحاكم ، على حسب حال الزوج يساراً وإعساراً وتوسطاً ، وذلك لقوة أدلته وصحتها وسلامتها من المعارضة والمناقشة ، وضعف أدلة المخالفين . وهذا الضعف يظهر من خلال المناقشات التى وُجهت اليها :**أما أدلة الحنفية فنوقشت بما يلى** :

أولاً : أن تحديدها مخالف لنص الآية الكريمة ، إذا هى نصت على أن تقديرها يكون بحال الزوج ، وذلك واضح من قوله تعالى : ﴿ **ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره** ﴾[٤] وبالتالي فتقديرها بنصف المهر يوجب اعتبار حال المرأة ؛ لأن مهرها معتبر بها لا بحاله .[٥]

---

(١) المحلى لابن حزم ١١/١٠ .

(٢) رواه ابن حزم فى المحلى ١٠/ ٩

(٣) المحلى ١١/١٠ ، ١٢ .

(٤) من الآية ٢٣٦ من سورة البقرة .

(٥) تفسير القرطبى ٢٠٢/٣ ، الإنصاف للمرداوى ٣٠١/٨ .

ثانيا : أنهـا لو قدرت بنصف المهر لكانت نصف المهر ، اذ ليس المهر معيناً فى شئ ولا متعة[1]

ثالثا : أن التحديد بنصف المهر إن لم يوجد شرعاً ، فليس فى الاجتهاد ما يقضيه ، ولا نجعله بالنصف أخص منه بالثلث أو الربع . فان قيل : لأن غير المدخول بها تستحق نصف الصداق فأقيمت المتعة مقامه .

أجيـب بأن الفرق قائم بين المتعة والصداق ، بدليل قيام الإجماع على إيجاب المتعة وإسقاط الصداق بالطلاق قبل الدخول .[2]

أمَّـا مـا استدل به الحنابلة على ما روى عن الإمام أحمد من أن أعلى المتعة خادم وأدناهـا كسـوة ، وكذلك ما استدل به الظاهرية على أن أعلاها خادم وأوسطها ثلاثون درهما وأدناها بحسب الطاقة ، فيناقش بما يلى :

أولاً : أن الأثريـن اللذيـن استدلوا بهما مخالفان لمنطوق الآية الكريمة التى أوجبت بصـراحتها أن تكـون المتعة على حسب حال الزوج يساراً وإعساراً ، فوجب أن يترك الأمـر فى تقديرها للقاضى ؛ ليقوم بهذا التقدير فى ضوء هذه الاية الكريمة ، خاصة وأن مـا ورد فـى سبب نزولها يؤكد ذلك . والمعروف أن التعارض لا يمكن أن يقع بين آية وأثر .

ثانيا : ولئن سلمنا أنه لا تعارض بين هذين الأثرين والآية الكريمة ، فلا نسلم أن ما ورد فـيهما مـن تحديد للمتعة شرع لازم فى كل الأماكن والأزمان ، فلئن كان هذا هو العرف الجارى فى زمنهم رضى الله عنهم ، فان الأعراف تتغير بتغير العصور والبلدان ، وكـلام الظاهرية ذاته يقتضى التحاكم الى العرف فى تحديد المتعة ، فكان الواجب عدم التقيد بهذا التحديد . **والله تعالى أعلم .**

المسألة الثانية : أساس تقدير المتعة (ما يعتبر فى تقديرها)

أما عـن الأسـاس الـذى تقدر عليه المتعة ، فهو حال الزوج يساراً وإعساراً وتوسطاً علـى ما عليه جمهور الفقهاء : الحنفية فى رأى صححه بعضهم ، والمالكية ، والشافعية

---

(١) المغنى والشرح الكبير ٥٤/٨ ، ٩٣ ، الإنصاف ٨/ ٣٠١ ، تفسير الطبرى ٢ / ٣٢٩

(٢) الحاوى الكبير ٩ / ٤٧٧ .

فــي وجــه والحــنابلة فــي وجه هو صحيح المذهب ، والزيدية والإمامية والظاهرية و الاباضية[١]

لقوله تعالى : **﴿ ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين ﴾**[٢].

فهذه الآية واضحة الدلالة على أن المعتبر فى تقدير المتعة هو حال الزوج.[٣]

وقياساً على النفقة ، فكلما أن المعتبر فى تقدير النفقة هو حال الزوج بقوله تعــالى : **﴿ لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ﴾**[٤] كان كذلك المعتبر فى المتعة هو حال الزوج ؛ لعدم الفرق[٥] .

وقــد خالف فى ذلك الحنفية فى رأى رجحه بعضهم ، والشافعية فى وجه ، والحنابلة فى وجه ، فقالوا بأن المعتبر فى تقدير المتعة هو حال الزوجة ؛[٦] لأن المتعة قائمة مقام المهــر ؛ لأنها تجب عند سقوطه ، والمعتبر فى تقدير المهر هو حال الزوجة لا الزوج ، وذلــك يقتضى أن تكون المتعة كذلك ، فيعتبر فى تقديرها حال الزوجة ؛ لأن البدل يأخذ حكم المبدل منه.[٧]

---

(١) الهداية ٢/ ٤٩٢ ، تبين الحقائق ٢/ ١٤٠ ، حاشية ابن عابدين ٤ / ١٧٩، البدائع ٢/ ٤٥٠ ، الذخيرة للقرافى ٤/ ٤٥٠ ، المنتقى للباجى ٤/ ٨٩ ، تفسير القرطبى ٣/ ٢٠١ ، ٢٠٢ ، أحكام القرآن لابن العربى ٣/٢١٧ ، الحاوى ٩/ ٤٧٧ ، نهاية المحتاج ٦ / ٣٦٥ ، المهذب ٤ / ٢٢٣ ، مغني المحتاج ٣ / ٣٠٨ ، شرح المحلى ٣ / ٢٩١ ، المغنى والشرح الكبير ٨ / ٥٣ ، ٩١ ، دليل الطالب ومنار السبيل ٢ / ١٣٥ ، الإنصاف ٨ / ٣٠٠ الروض المربع ص ٣٥٩ ، الكافى لابن قدامة ٣ / ١٠٨ ، المبدع ٧ / ١٦٩ السيل الجرار ٢ / ٢٨٠ ، هامش ٣ ، المحلى ١٠ ، الروضة البهية ٥ / ٣٤٧ ، كتاب النيل وشرحه لابن أطفيش ٧/٣٨٧

(٢) من الآية ٢٣٦ من سورة البقرة

(٣) المراجع السابقة

(٤) من الآية ٧ من سورة الطلاق .

(٥) الحاوى الكبير ٩ / ٤٧٧ ، شرح كتاب النيل ٧ / ٣٨٧ ، ٣٨٨ .

(٦) الهداية ٢ / ٤٩٢ ، حاشية ابن عابدين ٤ / ١٧٩ ، فتح القدير والعناية ٣/ ٣٢٧ ، تبيين الحقائق ٢ / ١٤٠ ، شرح المحلى ٣ / ٢٩١ ، مغنى المحتاج ٣ / ٣٠٨ ، الإنصاف ٨ / ٣٠١ ، المبدع ٧ / ١٦٩ ، الكافى لابن قدامة ٣ / ١٠٨ ، تفسير القرطبى ٣ / ٢٠١ .

(٧) المراجع السابقة .

كمـــا ذهب الحنفية فى رأى ثالث رجحه بعضهم وقال : وعليه الفتوى ، والشافعية فى وجـــه ، والحنابلة فى وجه ، الى أن المعتبر فى تقديرها هو حالهما معاً[1] لأن فى اعتبار حاله فقط تسوية بين الشريفة الخسيسة ، وهو منكر بين الناس[2]

وبـيان ذلـك : أنـــه لو تزوج امرأتين إحداهما شريفة والآخرى دنية ، ثم طلقها قبل المسيس ولم يسم لهما ، وقلنا إن تقدير المتعة يكون على حسب حاله ، فانه يلزم من ذلك أن تكون هاتان الزوجتان متساويتين فى المتعة ، **فيجـب للدنية ما يجب للشريفة** . وهذا خلاف ما قال الله تعالى : ﴿ **متاعاً بالمعروف** ﴾[3] ويلزم منه أن الموسر العظيم اليسار إذا تـــزوج امـــرأة دنية أن يكون مثلها ؛ لأنه إذا طلقها قبل الدخول والفرض ، لزمته المتعة علـــى قدر حاله ومهر مثلها أقل ، فتكون المتعة على هذا أضعاف مهر مثلها ، فتكون قد استحقت قبل الدخول أضعاف ما تستحقه بعد الدخول من مهر المثل الذى فيه غاية الابتذال وهو الوطء[4]

والـــراجح من هذه الآراء فى نظرى – هو الأول الذى عليه جمهور الفقهاء ؛ لأنه الذى يعضـــده الـــنص القـــرآنى الكريم الذى هو غاية فى الوضوح وفى الدلالة على أن متعة المطلقـــة تقدر على أساس حال الزوج يساراً وإعسارا : ﴿ **ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره**﴾[5] فوجب الوقوف عند حد هذا النهى الكريم ، ونبذ كل ما عداه خاصة وأنه يصطدم به ويعارضه .

---

(١) البدائع ٢/ ٤٥٠ تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين ٤ / ١٧٩ ، تبين الحقائق ٢ / ١٤٠ ، فتح القدير ٣ / ٣٢٧ ، تفســير القــرطبى ٣ / ٢٠١ ، أحكام القرآن للجصاص ٢ / ١٤٣ ، الحاوى ٩ / ٤٧٨ ، نهاية المحتاج ٦ / ٣٦٩ ، مغنى المحتاج ٣ / ٣٠٨ ، شرح المحلى ٣ / ٢٩١ ، المبدع ٧ / ١٦٩ ، الإنصاف ٨ / ٣٠١ .

(٢) فتح القدير ٣ / ٣٢٧ ، أحكام القرآن للجصاص ٢/ ١٤٣ .

(٣) بعض الآية ٢٣٦ من سورة البقرة . وانظر تفسير القرطبى ٣ / ٢٠١ ، البدائع ٢ / ٤٥٠ ، تبين الحقائق ٢ / ١٤٠ ، مغنى المحتاج ٣ / ٣٠٨ ، أحكام القرآن للجصاص ٢ / ١٤٣ .

(٤) تفسير القرطبى ٣ / ٢٠١ ، ٢٠٢ .

وقـــد اخـــتلف أصحاب هذا الوجه من الشافعية فيما يجب أن نعتبره من حال الزوجة الى وجهين : أحدهما : أنه يعتبر سنها ونسبها وجمالها ، كما يعتبر فى مهر المثل . والثانى : أنه يعتبر قماشها وجهازها فى قلته وكثرته ؛ لأنها عوض من أخلاقه ومؤنة نقله . والوجه الأول هو الصحيح لدى أصحاب هذا الوجه (الذى يعتبر حالها) أما الثانى فقد رده الماوردى بقوله : " وهذا وجـــه مردود ؛ لأنه ليس الجهاز مقصوداً فيعتبر ، ولو اعتبر فى المتعة لكان اعتباره فى المهر أحق ، ولوجب أن لا يكون متعة لمن لا جهاز لها " (الحاوى الكبير ٩ / ٤٧٨) .

(٥) من الآية ٢٣٦ من سورة البقرة .

فلو اعتبرنا فى تقدير المتعة حال المرأة . كما يقول أصحاب الرأى الثانى . لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره[١]

ولـــو اعتـــبرنا حالهمـــا – كما يقول أصحاب الرأى الثالث – لكان ذلك مخالفاً لعرف الشـــرع الـــذى دلت عليه هذه الآية الكريمة ؛ فان الله تعالى لما قال ﴿ **على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعرف** ﴾ أفاد أن هذا التقدير هو المعروف ، أى متعوهن متاعاً (بالمعروف) أى بما عرف فى الشرع من الاقتصاد .[٢]

والله تعالى أعلم

* * * * * *

---

(١) المغنى والشرح الكبير ٨ / ٥٣ ، ٩٢ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٣ / ٢٠٣ .

المطلب الثانى
موقف قانون الأحوال الشخصية من دعوى المتعة والحكم فيها

عرفـنا أن الفقهــاء لم يتفقوا على القول بوجوب المتعة إلا للمطلقة قبل الدخول وقبل الفرض فى نكاح التفويض .

أمــا المطلقـة قبل الدخول وبعد الفرض فى نكاح التفويض ، فاستحقاقها للمتعة محل خـلاف بيـنهم : فـأبو حنـيفة ومحمد وأبو يوسف فى قوله الأخير ، وأحمد فى رواية والظاهـرية والـزيدية ، على أنها تستحقها ، وأبو يوسف فى القديم والمالكية والشافعية والحـنابلة فى المذهب و الإباضية وابن عمر وعطاء والشعبى والنخعى وأبو عبيد على أنها لا تستحقها .

كذلك فانهم مختلفون فى المطلقة بعد الدخول فى نكاح التفويض أو فى نكاح التسمية ، فالشافعى فى الجديد وأحمد فى رواية ، والظاهرية والزيدية وبعض الإباضية وجماعة من الصحابة والتابعين على استحقاقها لها. والحنفية والمالكية والشافعى فى القديم والحنابلة فى ظاهر المذهب و الإباضية فى صحيح مذهبهم على عدم استحقاقها لها .[1]

وقـد سبق أن ذكرنا[2] أن قانون الأحوال الشخصية لم ينص على نكاح التفويض ولم يبيـن أحكـام الصداق فيه ، مما يعنى أنه يخضع للقاعدة العامة القاضية بوجوب تطبيق أرجح الأقوال فى مذهب الإمام ابى حنيفة فيما لم يرد بشأنه نص فى هذا القانون .

وكما لم ينص القانون على نكاح التفويض ولا على أحكام الصداق فيه ، فكـذلك لم ينص على أحكام المتعة فى الطلاق فيه[3] مما يعنى أنها تخضع لهذه القاعدة ، سواء كان الطلاق قبل الدخول وقبل الفرض ، أو كان قبل الدخول وبعد الفرض .

أما إذا كان الطلاق قد وقع بعد الدخول ، فذلك ما نص القانون على حكم المتعة فيه ، فأوجـبها للمطلقـة دون رضاها ولا بسبب من قبلها ، وقدرها بنفقة سنتين على الأقل مع

---

(١) راجع ص ٤٩٧.

(٢) فى ص ٤١٨.

(٣) عـلى خلاف ما فعل قانون الأحوال الشخصية السورى فقد نص فى المادة ٦١ / ٢ على أنه : " ؟إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة ، فعندئذ تجب المتعة " (شرح قانون الأحوال الشخصية د . مصطفى السباعى ١ / ١٩٨) وما فعل أيضا قانون حقوق العائلة التركى والمعمول فى لبنان ، فقد نص فى المادة ٨٤ / ٢ منه على أنه " " اذا وقع الطلاق قبل الإجتماع الصحيح ، فتلزم المتعة " (أحكام الأسرة فى الإسلام أ . محمد مصطفى شلبى ص ٣٩٠ ، ٣٩١) .

الأخـذ فـي الاعتبار حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، وأجاز للمطلق سدادها على أقساط .

وقـد جـاء ذلـك فـى المـادة ١٨ مكـرراً المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٠ إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ؛ حيث قالت : " الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها ، تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل ، وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية . ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط"[1].

وبالـنظر فيما تضمنته هذه المادة ، نجد أن القانون قد أخذ فيها برأى الشافعى الجديد ، وأحمد فى رواية والظاهرية والزيدية وبعض الصحابة والتابعين رضى الله عنهم ، فيما يـتعلق بتقريـر حق المطلقة بعد الدخول فى المتعة ، كما أنه أخذ برأى جمهور الفقهاء : المالكية والشافعية وأحمد فى رواية والزيدية ، فيما يتعلق بتقدير المتعة ، حيث قال هؤلاء بـأن تقدير المتعة موكول إلى إجتهاد الحاكم ، وأن على الحاكم أن يأخذ فى اعتباره عند تقديرها حال المطلق من اليسار والإعسار والتوسط[2].

وفـى حيثـيات هذا الاختيار قالت المذكرة الايضاحية لهذا القانون : "لما كان المستقر علـيه شرعاً أن الطلاق حق للزوج ، وكان القانون القائم لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول ، وحسبها أنها استحقت المهر كله بالدخول ، ولها نفقة للعدة ، أما المتعة فهى مستحبة ولا يقضى بها .

"وإذا كانـت شريعة الإسلام تعلو كل الشرائع ، لأنها من الله ، وإذا كانت الأزواج إذا انقطع حبل المودة بينهما وأصبحت المطلقة فى حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة تعينها

---

(١) الأحوال الشخصية للمسلمين طبقاً لأحداث التعديلات ص ٩ .

(٢) وهـذا بخلاف ما فعل قانون الأحوال الشخصية السورى ، فلم ينص على استحقاق المطلقة بعد الدخول متعه ، وأخذ بـرأى الحنفية ومن معهم فى تقدير المتعة فنص فى المادة ٦٢ على أن : "المتعة هى كسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها ، ويعتـبر فيها حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل " (شرح قانون الأحوال الشخصية د.مصطفى السباعى ١/ ١٩٨) . وكذلـك فعل قانون حقوق العائلة التركى والمعمول به فى لبنان حيث نص فى المادة ٢/٨٤ منه على أنه : "إذا وقع الطـلاق قـبل الاجتماع الصحيح ، فتلزم المتعة ، وتعين المتعة حسب العرف والعادة على شرط أن لا تتجاوز مهر المثل " وقال الأستاذ محمد مصطفى شلبى "والظاهر أن عبارة المادة سقط منها كلمة نصف وصوابها " أن لا تتجاوز نصف مهر المثل " وبـرر ذلك بأن هذا هو منصوص المذهب الحنفى الذى نقلت عنه المادة ، وبأن النص القائم يلزم منه استواء حالتى الفرقة قبل الدخول وبعده ، حيث ستحصل المرأة فى كل منهما على مهر المثل . (أحكام الأسرة فى الإسلام ص ٣٩٠ ، ٣٩١) .

من الناحية المادية على نتائج الطلاق ، وفى المتعة ما يحقق المعونة ، وفى الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع فى الطلاق .

"ولما كان الأصل فى تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة ، وكانت مواساتها من المروءة التى تطلبتها الشريعة ، وكان من أسس تقديرها قول الله تعالى : ﴿ **ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره** ﴾ (من الآية ٢٣٦ من سورة البقرة)، وكان إيجاب المتعة هو مذهب الشافعى الجديد ، حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة منها وبسببها ، وهو قول لأحمد إختاره ابن تيمية ، كما أن إيجابها مذهب أهل الظاهر ، وهو قول لمالك أيضاً ....

"**وعلى هذا وضع نص المادة ١٨ مكرراً** بمراعاة ضوابط أقوال هؤلاء الأئمة . وللقاضى أن ينظر فى تقديرها عدا ما سبق إلى ظروف الطلاق وإلى إساءة استعمال هذا الحق ووضعه فى موضعه ، ولا تقل فى تقديرها عن نفقة سنتين ..وتخفيفاً على المطلق فى الأداء ، أجاز النص الترخيص له فى سداد جملة المقرر للمتعة على اقساط "[1].

وهكذا أعطى القانون للمطلقة بعد الدخول دون رضاها ولا بسبب من قبلها الحق فى متعة مقدرة بنفقة سنتين على الأقل ، لا فرق فى ذلك بين من طلقها زوجها بنفسه ومن طلقها القاضى نيابة عن الزوج . وقد قضى بأن : "سبب الحق فى المتعة هو الطلاق المنصوص عليه فى المادة ١٨ مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . والأصل فى التشريع بها – وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية – هو جبر خاطر المطلقة ....وفيها ما يحقق المعونة التى تقيمها من الناحية المادية على نتائج الطلاق .

–المشرع الإسلامى جعل للرجل أن يوقع الطلاق ويستقل بإيقاعه ، فإذا تدخل القاضى فى الأحوال التى يكون فيها الحكم بتطليق الزوجة على زوجها ، فإن فعل هذا – وعلى مذهب الحنفية – يضاف إلى الزوج ، فكأنه طلقها بنفسه ، مما يستوى معه فى شأن استحقاق المتعة ، أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضى ونيابة عنه ، ولا يغير من ذلك ما ورد فى نص المادة ١٨ مكرراً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ باستحقاق الزوجة المتعة من عبارة "إذا طلقها زوجها " لأن هذه العبارة مقررة للوضع الشرعى من أن الطلاق ملك للزوج وحده دون سواه ، سواء استعمل حقه هذا بنفسه أو بمن ناب عنه نيابة شرعية مثل القاضى . ولجوء الزوجة إلى القاضى لتطليقها على زوجها بسبب

---

(١) الأحوال الشخصية طبقاً لأحدث التعديلات ص ٤٧ ، ٤٨ .

مضارته لها ، وثبوت هذه المضاراة فيه إكراه لها على طلب التطليق ، لتدفع الضرر عنها بما لا يتوافر به الرضا بالطلاق "[١].

كما قضى بأن : "مفاد النص فى المادة ١٨مكرراً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، أن تقدير المتعة وتقسيط سداد ما هو محكوم به ، يدخل فى سلطة محكمة الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك طالما لم ينزل الحكم عن الحد الأدنى فى تقديرها بنفقة سنتين على الأقل "[٢].

على أن مسألة إثبات ما إذا كان الطلاق قد وقع برضاها وبسببها أو بدون رضاها وسببها مسألة واقع ، تخضع فى إثباتها لكافة طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن ، بشرط أن تكون قرائن مستساغة عقلاً . وقد قالت محكمة النقض : "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه، وإن كان لا تثريب على محكمة الموضوع أن تأخذ فى معرض الإثبات بالقرائن ، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون القرائن التى عولت عليها تؤدى إلى ما انتهت إليه ، وكان الثابت من الأوراق ، أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن طلاقه للمطعون ضدها كان بسبب من قبلها ، وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك ، وإذا لم تحقق محكمة الاستئناف هذا الدفاع وأقامت قضاءها باستحقاق المطعون ضدها للمتعة على مجرد وقوع الطلاق غيابياً وهو لا يكفى وحده لحمل قضائها مما يصيب الحكم المطعون فيه بالقصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع "[٣].

كما قضى بأن : "إقامة الحكم المطعون فيه بفرض متعة للمطعون ضدها ، على ما استخلصه من إيقاع الطاعن طلاقه عليها غيابياً قرينة على أن هذا الطلاق قد وقع بدون رضاها ولا بسبب من قبلها ، وهو من الحكم استخلاص موضوعى سائغ له أصله الثابت بالأوراق ، ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ، لمَّا كان ذلك وكان الطاعن لم يقدم أمام محكمة الموضوع الدليل على خلاف ما استخلصه الحكم ، فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس"[٤].

---

(١) نقض أحوال شخصية ١٩٨٧/٥/٢٦ – الطعن رقم ٤٠ لسنة ٥٤ ق – موسوعة دائرة المعارف القانونية أ. ياسر نصار ٥٧٠/١ .

(٢) نقض أحوال شخصية ١٩٨٨/١٢/٢ – الطعن رقم ٧٥ لسنة ٥٦ ق – المرجع السابق ٥٧٠/١ ، ٥٧١ .

(٣) نقض أحوال شخصية ١٩٩٠/٤/١٧ – الطعن رقم ٥١ لسنة ٥٨ق – المرجع السابق ٥٧١/١ .

(٤) نقض أحوال شخصية ١٩٩١/١/١٥ – الطعن رقم ٨٩ لسنة ٥٨ ق – نفس المصدر – الموضع نفسه – .

الفصل الرابع

الدعوى بالمجهول في مجال الميراث

دعوى الوارث الذي يؤخذ في حقه بالاحتياط

يقصد بالميراث عند الفقهاء : انتقال ما يملكه الإنسان إلى أناس آخرين بعد وفاته ذوى صلة به ، بترتيب مخصوص بينهم ، بحكم الخَلَفية الشرعية[١].

والوارث الذي يؤخذ في حقه بالاحتياط هو الحمل ، والخنثى المشكل[٢].

والحمل عند الفقهاء هو : ما في بطن الآدمية من ولد[٣]. أي ما بقى في بطن الآدمية ممن قام به سبب الإرث وتحققت فيه شروطه[٤].

أما الخنثى المشكل فهو الملتبس أمره ، أي من له فرج المرأة وذكر الرجل . ويلحق به من عُرى عن الآلتين جميعاً[٥].

وكلاهما حقه من التركة مجهول ، وجهالته نابعة من الجهل بعدده أو بكنهه ، فالحمل لا يُعرف هل هو واحد أو متعدد ؟ وهل هو ذكر أو أنثى ؟ والخنثى المشكل كذلك لا يعرف

---

(١) معجم المغنى في الفقه الحنبلى ، القسم الأول ص ٢٩ هامش (١) ط دار الفكر سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .

(٢) وقد أضاف الإمام السيوطي إلى هذين ثالثاً وهو المفقود ، حيث قال :"...الوارث الذي يؤخذ في حقه بالاحتياط . يدعى على من في يده المال حقه من الإرث . والقاضي يعطيه ما تقتضيه الحال . وقد تتعدد هذه الصور بحسب المفقود والخنثى والحمل إلى ثلاث " (الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٠٢).
والواقع أنه لا داعى لعد المفقود من الورثه الذين يؤخذ في حقهم بالاحتياط ، لأن نصيبه معروف ، سواء كان ذكراً أو أنثى .وهذا النصيب يوقف له من التركة إلى أن يظهر أو يحكم القاضي باعتباره ميتاً . فإن ظهر حياً أخذ نصيبه ، وإلا وُزع هذا النصيب على ورثته . اللهم إلا أن يقال : إن هذه الدعوى ترفع ممن يرث مع المفقود ، وخاصة من يتغير فرضه بحياة المفقود أو موته ، وذلك كما لوترك الميت ابناً مفقوداً وزوجة وأباً وأماً ، فعلى فرض حياة المفقود ، تستحق الزوجة الثمن والأب السدس والأم السدس . وعلى فرض موته ، تستحق الزوجة الربع والأم ثلث الباقي ، والأب الباقي تعصيباً .وعليه فنصيب هؤلاء على وجه التحديد غير معروف ، و هؤلاء يُعطوْن اليقين ، أى أقل النصيبين ، ويوقف الباقي إلى أن يتضح الحال بحياة المفقود أو موته . ومثل هؤلاء من يرثون مع الحمل والخنثى المشكل من أصحاب الفروض المتغيرة . (المبسوط للسرخسى ٥٤/٣٠ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٨٧/٤ ، ٤٨٨ ، التاج والإكليل ٦٠٩/٨ ، المهذب ٥٢/٢ ، روضة الطالبين ٨٣/٦ ، الإنصاف للمرداوى ٣٣٧/٧ ، منار السبيل ٥٨/٢ ، مختصر فقه الفرائض د.فرج زهران الدمرداش ص ٣٧٠ ، ٣٧١ ، الرائد في علم الفرائض د.حمدى عبد المنعم شلبى ص ١٨٦ وما بعدها).

(٣) كشاف القناع ٤٦١/٤ ، الروض المربع ص ٣٣٠ .

(٤) النبراس في الشفعة والرهن والحوالة والميراث د. عبد الفتاح إدريس ص ٣١٤ ط در النهضة العربية سنة ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م .

(٥) تبين الحقائق ٢١٤/٦ ، مغنى المحتاج ٣٧/٣ ، الشرح الكبير للدردير ٤٨٩/٤ .

هل هو ذكر أو أنثى ؟ فالجهل بهذا لابد وأن ينتج عنه الجهل بمقدار نصيب كل منهما من الميراث ، ولذا فإنه لا يلزم بيان هذا المقدار عند الدعوى بحق كل منهما في الميراث .
وقد جاء في أشباه السيوطي ضمن مسائل الدعوى بالمجهول : "الوارث الذي يؤخذ في حقه الاحتياط ، يدعى على من في يده المال ، والقاضي يعطيه ما تقتضيه الحال . وقد تتعدد هذه الصور بحسب المفقود والخنثى والحمل إلى ثلاث"[1].

هذا ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٧٥ مدني على أن "تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث ، وانتقال أموال التركة إليهم ، تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية ، والقوانين الصادرة في شأنها ".

وعلى ذلك فما يطبق في مسائل الميراث على جميع المصريين – مسلمين وغير مسلمين – هو أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها[2].

فإذا ما رفعت هذه الدعوى فبماذا يحكم القاضي فيها ؟

ذلك ما سنعرفه – إن شاء الله تعالى – فيما يلي من خلال مبحثين ، أولهما في الحكم في دعوى توريث الحمل ، والآخر في الحكم في دعوى توريث الخنثى المشكل – على النحو التالي :

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٠٢ .

(٢) نقض مدني ١٩٦٤/٤/١ – مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٧٨ ص ٤٨٦ ، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين د.توفيق حسن فرج ص ٥٣ ط ٣ منشأة المعارف سنة ١٩٦٩، الوسيط د.السنهوري ٧٨/٩ ف ٢٢ط سنة ١٩٦٨ .

المبحث الأول

الحكم في دعوى توريث الحمل

إذا رفعـت دعـوى بتوريث الحمل ، فقد اختلف الفقهاء فى المقدار الذى يجب الحكم بوقفه للحمل من التركة إلى أربعة مذاهب[١].

المذهب الأول : يرى أصحابه أنه يوقف للحمل نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهما أكثر . وإلى هذا ذهب الليث بن سعد ، وأبو يوسف فى رواية هى الأصح وعليها الفتوى عـند الحنفـية ، وقالوا بوجوب أن يأخذ القاضى كفيلاً من الورثة الذين تتغير أنصباؤهم بتعدد الحمل كما ذهب إلى هذا أيضاً بعض الإباضية[٢].

المذهب الثانى : يرى أصحابه أنه يوقف للحمل نصيب ذكرين أو بنتين أيهما أكثر ، أمـا بقية الورثة ، فيدفع إلى من لا تتغير فريضته أقل ما يصيبه ، فإذا ولد الحمل ، أخذ الموقوف إن كان بمقدار نصيبه ، وإن كان أكثر منه ، رد الباقى على مستحقه من الورثه ، وإن كـان أقل من نصيبه ، رجع على من كان فى نصيبه زيادة من الورثه . وإلى هذا ذهـب الحنابلة ومحمد بن الحسن والحسن اللؤلؤى من الحنفية وهو أيضاً رواية عن أبى يوسف[٣].

---

(١) يلاحـظ أن هذا الخلاف بين الفقهاء القائلين بوجوب تقسيم التركة التى يضمن ورثتها حمل وترك جزء منها للحمل ، وهـم الليث بن سعد ، وشريك ، ويحيى بن آدم ، وجمهور الحنفية وبعض المالكية ، وبعض الشافعية ، والحنابلة فى المذهب وبعض الإباضية وهو الراجح .

عـلى خـلاف مـن ذهبوا إلى أن التركة لا تقسم فى هذه الحالة حتى يوضع الحمل ويعلم حاله وهم المالكية فى المشهور ، والشـافعية فى وجه والإباضية فى الراجح عندهم . ومن ذهبوا إلى أن التركة تقسم كلها بين الموجودين ولا يوقف منها شئ لـلحمل ، فإن ولدت حياً نقضت القسمة واستؤنفت مرة أخرى ، وهم بعض الحنفية .(راجع هذه الآراء وأدلتها فى :تبيين الحقـائق ٢٤١/٦ ، المبسوط للسرخسى ٥٢/٣٠ ، الاختيار ١١٣/٥ ، ١١٤ ، حاشية ابن عابدين ٤٥٨/١٠ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٨٧/٤ ، التاج والإكليل ٦٠٩/٨ ، الحاوى ١٧٠/٨ ، المهذب ٣١/٢ ، روضة الطالبين ٣٨/٦ ، المغنى والشرح الكبير ١٣١/٧ ، ١٩٥ ، تفسير القرطبى ٦٥/٤) شرح كتاب النيل ٣٦١/١٥، ٣٦٢).

(٢) المبسـوط ٥٢/٣٠ ، تبيين الحقائق ٢٤١/٦ ، تنوير الأبصار والدر المختار ورد المحتار ٤٥٩/١٠ ، المغنى ١٩٦/٧ ، شرح كتاب النيل ٣٦٢/١٥ .

(٣) المبسـوط ٥٢/٣٠ ، تبيين الحقائق ٢٤١/٦ ، الاختيار ١١٤/٥ ، المغنى والشرح الكبير ١٣٢/٧ ، ١٩٥ ، ١٩٦ ، منار السبيل ٥٧/٢ ، الروض المربع ص ٣٣٠ ، شرح كتاب النيل ٣٦٢/١٥ .

المذهب الثالث : يرى أصحابه أنه يوقف للحمل نصيب أربع بنين أو أربع بنات أيهما أكثر ، ويعطى بقية الورثه أدنى الأسهم ، أى أقل الأنصباء . وقد روى هذا على شريك[١] ، وإليه ذهب أبو حنيفة وبعض المالكية ، والشافعى فى رواية عليها بعض أصحابه[٢].

المذهب الرابع : يرى أصحابه أنه لا يدفع إلى أحد من الورثه شئ من التركة ، إلا من كان فرضه لا يتغير بتعدد الحمل ، فإنه يدفع إليه فرضه ، وإن أمكن العول دُفع إليه ذلك القــدر عــائلاً ، ويوقــف باقى التركة إلى أن يتم الوضع[٣]. وإلى هذا ذهب الشافعية فى الصحيح المشهور[٤] .

الأدلة والمناقشات :

دليل المذهب الأول :

اســتدل أصحاب المذهب الأول على أنه يوقف للحمل نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهمــا أكثر بالمعقول ، وهو أن الغالب المعتاد أن لا تلد المرأة فى البطن الواحد إلا ولداً واحداً ، فوجب أن ينبنى الحكم على الغالب الأعم ، ما لم يعلم خلافه .

---

(١) هــو شــريك النخعى بن عبد الله بن أبى شريك العاصمى النخعى ، أبو عبد الله الكوفى المولود سنة ٩٥هـــ ، أحد الأعلام ، روى عن زياد بن علاقة ، وحبيب بن ثابت ، وأبى إسحاق السبيعى وغيرهم . وروى عنه عباد بن العوام ، وابن المــبارك ، وعلى بن حجر وغيرهم . قال ابن معين : صدوق ثقة ، إلا أنه إذا خالف فغيره أحب الينامنه . وتوفى سنة ١٧٧ هـــ (طبقات الحفاظ ص ٩٨(٢٠٧) ، تاريخ بغداد ٢٧٩/٩ ، شذرات الذهب ٢٨٧/١).

(٢) حاشية ابن عابدين ٤٥٩/١٠ ، تبيين الحقائق ٢٤١/٦ ، الاختيار ١١٤/٥ ، مغنى المحتاج ٣٧/٣ ، الحاوى ١٧٠/٨، الذخيرة للقرافى ٢٦/١٣ ، ٢٧ ، المغنى ١٩٦/٧ .

(٣) كما لو مات وترك زوجة حاملاً وأبوين ، فإن الأبوين سيتغير فرضهما بتعدد الحمل ، إذ لو ظهر الحمل بنتين ، لأعطى الأبــوان سدســين عائلين ، بخلاف ما لو ظهر بنتاً واحدة ، فإنهما يعطيان سدسين كاملين ، لأن أصل هذه المسألة من أربعة وعشرين ، وبتعدد الحمل إناثاً تعول إلى سبعة وعشرين ، للزوجة منها الثمن – ثلاثة – وللأبوين السدسان عائلان – ثمانية – لكل منهما أربعة ، ويوقف الباقى – خمسة عشر– فإن ظهر الحمل بنتين كان لهما ، وإن ظهر ذكراً فأكثر أو ذكراً وأنثى فأكــثر ، كمل للزوجة الثمن بغير عول ، وللأبوين السدسان كذلك . والباقى للأولاد. وتسمى هذه المسألة بالمنبرية ؛ لأن علياً رضى الله عنه كان يخطب على المنبر وكان أول خطبته : الحمد لله الذى يحكم بالحق قطعاً ، ويجزى كل نفس بما تسعى ، وإليه المآب والرجعى . فسئل حينئذ عن المسألة . فقال إرتجالاً : " صار ثمن المرأة تسعاً " ومضى فى خطبته . يعنى أن هذه المرأة كانت تستحق الثمن،فصارت تستحق التسع . (روضة الطالبين ٣٩/٦ ، مغنى المحتاج ٣٦/٣) .

(٤) الحاوى ١٧٠/٨ ، ١٧١ ، المهذب ٣١/٢ ، روضة الطالبين ٣٨/٦ ، مغنى المحتاج ٣٦/٣ .

أمـا وجـوب أخـذ الكفـيل للحمل من الورثه الذين تتغير أنصباؤهم بتعدد الحمل ، فللاحتياط ، حتى لا يضيع عليه بعض نصيبه ، لاحتمال أن يولد أكثر من واحد ، ويتعذر الرجوع على بعض الورثه الذين تظهر الزيادة فى جانبهم .(١)

دليل المذهب الثانى :

استدل أصحاب المذهب الثانى على أنه يوقف للحمل نصيب ولدين أو بنتين أيهما أكثر بالمعقول أيضاً ، وهو أن ولادة التوأمين كثير معتاد ، فلا يجوز قسم نصيبهما ، كالواحد ، ومازاد عليهما نادر ، فلم يوقف له شىء كالخامس والسادس(٢) .

ويناقش هذا بمخالفـته للواقـع ، فـولادة التوأميـن لا تقارب نسبة ولادة الواحد ، فضلاً عن معادلتها أو تجاوزها .

دليل المذهب الثالث :

اسـتدل أصحاب المذهب الثالث على أنه يترك للحمل نصيب أربع بنين أو أربع بنات أيهما أكثر ، بالمعقول أيضاً ، وهو أنه يتصور ولادة الأربعة فى بطن واحد ، فوجب أن يترك نصيبهم إحتياطاً (٣) .

وأيضاً بما روى عن شريك أنه قال : رأيت بنى إسماعيل أربعة ولدوا فى بطن واحد : محمد وعمر وعلى . قال يحيى بن آدم : وأظن الرابع إسماعيل(٤)

أما إعطاء بقية الورثة أدنى السهام ، فإن تأخيره لا يفيد؛إذ لابد من دفعه(٥).

وقد نوقش هذا : بأن ولادة أربع بنين فى بطن واحد أندر ما يكون ، فلا ينبنى عليه الحكم ، وإنما يبنى على ما يكون فى العادة (٦)

دليل المذهب الرابع :

استدل أصحاب المذهب الرابع على أنه لا يدفع إلى أحد من الورثة شىء من التركة إلا مـن كان له فرض لايتغير بتعدد الحمل بالمعقول : وهو أن عدد الحمل غير معلوم على

---

(١) المبسوط ٥٢/٣٠ ، تبين الحقائق ٢٤١/٦ ، الدر المختار ورد المحتار ٤٥٩/١٠ ، الاختيار ١١٤/٥ ، المغنى ١٩٦/٧ ، شرح كتاب النيل ٣٦٢/١٥ .

(٢) المغنى والشرح الكبير ١٣٢/٧ ، ١٩٦ ، الروضة المربع ص ٣٣٠ .

(٣) تبين الحقائق ٢٤١/٦ .

(٤) الحاوى الكبير ١٧٠/٨، المغنى ١٩٦/٧ ، الذخيرة للقرافى ٢٧/١٣ .

(٥) الذخيرة ٢٧/١٣ .

(٦) المبسوط للسرخسى ٥٢/٣٠ .

وجه اليقين ، والميراث لا يستحق بالشك ، ولا بالغالب المعتاد . قال الماوردى راداً على المذاهب السابقة ومستدلاً لمذهبه : " وليس لما ذكروه من تقديره بالواحد أو بالإثنين أو بالأربعة وجه ؛ لجواز وجود من هو أكثر منه ، وقد أخبرنى رجل ورد علىَّ من اليمن طالباً للعلم ، وكان من أهل الدين والفضل : أن امرأة باليمن وضعت كالكرشى ، وظن الناس أن لا ولد فيه ، فألقى على قارعة الطريق ، فلما طلعت الشمس وحمى بها ، تحرك ، فأخذ وشق ، فخرج منه سبعة أولاد ذكوراً عاشوا جميعاً ، وكانوا خلقاً سوياً ، إلا أنه كان فى أعضادهم قِصَر . قال: وصارعنى رجل منهم فصرعنى ، فكنت أُعيَّر باليمن فيقال لى : صرعك سُبع رجل " [١] .

وقال ابن قدامة :" وقد أخبرنى من أثق به سنة ثمان وستمائة ، أوسنة تسع ، عن ضرير بدمشق أنه قال : ولدت امرأتى فى هذه الأيام سبعة فى بطن واحد ذكوراً وإناثاً ، وكان بدمشق أم ولد لبعض كبرائها ، وتزوجت بعده من كان يقرأ علىَّ ، وكانت تلد ثلاثة فى بطن " [٢]

وإذا كان هذا جائزاً – وإن كان نادراً – فإن الزيادة عليه جائزة أيضاً .

وقد نوقش هذا : بأن هذه الحالات قليلة نادرة ، فلا يعول عليها ، ولا يجوز منع الميراث من أجلها ، كما لو لم يظهر بالمرأة حمل[٣] .

المذهب المختار :

بعد بيان آراء الفقهاء فى هذه المسألة وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات ، يترجح فى نظرى ما قال به أصحاب المذهب الأول ، من وجوب أن يوقف للحمل نصيب ذكر واحد أو أنثى واحدة أيهما أكثر ، وأن يؤخذ كفيل من الورثة الذين تتغير أنصباؤهم بتعدد الحمل ؛ حتى إذا ما ولدت أكثر من واحد ، كان حصول الزائد على نصيبه سهلاً ميسوراً ؛ وذلك لقوة حجتهم وصحتها وسلامتها من المناقشة ، وضعف أدلة المخالفين ، فولادة الواحد هى العادة الغالبة فى شتى الأقطار والأعصار ،أما ولادة الأكثر من الواحد فهى قليلة نادرة ، والأحكام الشرعية تبنى على الغالب الأعم لا على القليل النادر . ثم إن هذا

---

(١) الحاوى الكبير ١٧١/٨ .

(٢) المغنى ١٩٥/٧ .

(٣) المغنى والشرح الكبير ١٣٢/٧ ، ١٩٦ .

الـــرأى يحـــتاط حـــتى لهذه الحالات النادرة باشتراطه أخذ الكفيل من الورثة الذين تتغير أنصـــباؤهم بتعدد الحمل ؛ الأمر الذى يدعو إلى الطمأنينة عند تطبيقه على أن الزائد على الواحد سيحصل على نصيبه بيسر وسهوله ... **والله تعالى أعلم** .

ما أخذ به قانون المواريث من هذه المذاهب :

أخـــذ قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م برأى الليث بن سعد وأبى يوسف فى الـــرواية الأصـــح عنه ، المفتى بها عند الحنفية ، فنصت المادة ٤٢ منه على أن " يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى .

ويلاحـــظ أن القـــانون لـــم يتعرض لأخذ الكفالة ممن يتغير نصيبهم بتعدد الحمل ، فيكون من الحكم المسكوت عنه، الذى تطبق عليه المادة الثالثة من ديباجة القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، والتى توجب تطبيق أرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة[1] وقد عرفنا أن أرجح الأقوال فى هذا المذهب هو القول بوجوب أخذ هذه الكفالة .

☥☥☥☥☥☥

---

(١) الجريدة الرسمية ٤ مكرر " الصادر فى ٢٢شوال سنة ١٤٢٠ هـ - ٢٩يناير سنة ٢٠٠٠ لسنة ٤٣ص ٣. د. حسن فرج – أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ط ٣منشأة المعارف – الأسكندرية سنة ١٦٦٩ ، د. مصطفى السباعى – شرح قانون الأحوال الشخصية ١٥٩/٢ ، التركة والحقوق المتعلقة بها للشيخ أحمد إبراهيم ص٤٢٨ .

المبحث الثاني

الحكم في دعوى توريث الخنثى المشكل

إذا رفعت دعوى توريث الخنثي المشكل ، فقد اختلف الفقهاء فيما يجب أن يحكم له فيها إلي أربعة مذاهب[(١)] :

المذهب الأول : يرى أصحابه أنه يعامل بالأضر ، أى بأسوأ الحالين ، فيأخذ أقل النصيبين ، على فرض أنه ذكر أو على فرض أنه أنثى ، ويعطى بقية الورثة كامل حقوقهم ولا يوقف شئ منها .

فمثلاً لو مات وترك ابناً معرفاً ، وولداً خنثى، قسم المال أثلاثاً ، للابن المعروف الثلثان ، وللخنثى الثلث . ويجعل الخنثى هنا أنثى كأنه ترك ابناً وبنتاً ؛ لأن هذا أسوأ حاليه

ولو تركت زوجاً ، وأختاً شقيقة ، وخنثى لأب . فللزوج النصف وللأخت الشقيقة النصف ،ولا شيء للخنثى ، ويجعل هنا ذكراً ؛ لأن هذا أسوأ حاليه لأنا لو جعلناه أنثى لاستحق السدس ، وتعول الفريضة .

روى هذا المذهب عن عامة الصحابة وإليه ذهب أبو حنيفة ومحمد ، وعليه الفتوى عند الحنفية[(٢)]

واستدلوا على ذلك بالمعقول ، وهو أن الحاجة إلى إثبات المال إبتداء ؛ لأنه لابد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة أو الأنوثة ، ولا شئ منهما معلوم ، وإثبات المال إبتداء

---

(١) يلاحظ أن هذا الحكم خاص بالخنثى المشكل أى الذى لم تتضح ذكورته ولا أنوثته بعلامة تميزه ، كما هو واضح من تعريفه السابق . أما الخنثى غير المشكل وهو الذى ترجحت فيه إحدى الصفتين بعلامة من العلامات التى تميز ذكورته من أنوثته وهى "البول" فى الصغر– قبل البلوغ – و"نبات اللحية ،وخروج المنى من الذكر وكونه منى رجل .أو الحيض ونهود الثديين أى بروزهما "فى الكبر" فمثل هذا يرث فى الصغر من حيث يبول ، وفى الكبر يرث بالصفة التى ترجحت فيه . (البدائع ٤٨٣/٧ ، تنوير الأبصار والدر المختار ورد المحتار ٣٦٩/١٠، ٣٧٠، تبيين الحقائق ٢١٤/٦، ٢١٥، مواهب الجليل ٨/ ٦١١، ٦١٢،جواهر الإكليل ٣٤٠/٢، الكافى لأبن عبد البر ص ٥٥٩، الحاوى ١٦٨/٨، المغنى والشرح الكبير ١١٥/٧ ، ١٤٨ ، الروض المربع ص٣٣١)

(٢) فى عامة الروايات . وقيل : إن هذا مذهب أبى حنفية وأصحابه ، وعليه الفتوى أيضاً.(حاشية ابن عابدين ٣٧٣/١٠، الهداية والعناية وتكملة الفتح ٥٢١/١٠، تبين الحقائق ٢١٧/٦،البدائع ٤٨٤/٧، مجمع الأنهر ٧٧١/٢) الإختيار لتعليل المختار ١١٥/٥).

بدون سبب محقق غير مشروع ، فلابد من البناء على المتيقن . وأقل النصيبين هو المتيقن ، فكان هو الواجب . أما ما زاد على ذلك فهو محتمل ، والملك لا يثبت بالاحتمال .

كمـــا أنه لو أخذ أفضل النصيبين ، لأدى ذلك إلى الإنتقاص من حق الآخرين بلا سبب يستوجب ذلك النقص[١]

هـــذا إذا كان الخنثى المشكل لا يرجى اتضاح حاله . أما إذا كان يرجى اتضاح حاله، فهل يؤخذ من بقية الورثة كفيل يرد حق الخنثى إذا ظهر على غير الحالة التى عومل بها؟ حكـــى بعـــض الحنفـــية عـــن أبى حنيفة أنه قال : لا يؤخذ كفيل من بقية الورثة. وعن الصاحبين : أنه يؤخذ منهم .

وحكى بعضـهم الآخر : أن أخذ الكفيل من بقية الورثة أمر متفق عليه بين أبى حنيفة وصـــاحبيه ؛ لأن هـــذا طريق مستقيم يصون به القاضى قضاءه ، ويحافظ به على حق الخنثى الذى يعجز عن المحافظة على حق نفسه[٢]

المذهب الثانى :يرى أصحابه أنه يجب للخنثى نصف الميراثين ،أى متوسط النصيبين – نصيب الذكر ونصيب الأنثى – فتحل المسألة التى فيها خنثى بحلين ، ثم يجمع النصيب فى الحالتين ويقسم على اثنين ، والخارج أو الناتج يكون نصيبه

فلـــو كـــان له علـــى تقدير كونه ذكراً سهمان ، وعلى تقدير كونه أنثى سهم ،فيكون المجموع ثلاثة أسهم ، تقسم على اثنين ، ينتج سهم ونصف سهم ، وهوما يستحقه الخنثى.

هذا إذا كان يرث من الجهتين ، وكان إرثه بهما مختلفاً ، كابن أو ابن ابن .

أمـــا لو ورث بالذكورة فقط كالعم وابنه ، فله نصفها فقط ؛ إذ لو قدر عمةً ، لم ترث وإن ورث بالأنوثة فقط ، كالأخت فىالأكدريه [٣] ، أعطى نصف نصيبها إذ لو قدر ذكراً لم يعل له ، بل سيسقط .

---

(١) المراجع السابقة – المواضع نفسها .

(٢) العناية للبابرتى ٥٢٣/١٠.

(٣) والأكدريـــة : مســـألة من المسائل الشواذ فى علم الميراث .وهى التى توفيت فيها المرأة وتركت جداً ، وأماً ، وزوجاً ،وأختاً شقيقة (أو لأب) فللجد السدس ، وللأم الثلث ، وللزوج النصف ، وللأخت الشقيقة النصف .فأصل المسألة من ٦ ، وعالـــت إلى ٩. وبين الفقهاء خلاف فى كيفية توريث الأخت مع الجد فى هذه المسألة ، فيرى جمهورهم أنه يضم نصيب الجـــد إلى نصيب الأخت ويقسم بينهما للذكر ضعف الأنثى . ويرى بعضهم أن ميراثها يثبت كما هوولا يضم إلى نصيب الجـــد .ويرى بعضهم الآخر أن الأخت فى هذه المسألة تسقط ولا تأخذ شيئاً .(المغنى ٧٦/٧وما بعدها، جواهر الإكليل ٢/ ٣٣٠، الرائد فى علم الفرائض للدكتور حمدى عبدالمنعم شلبى ص٢٢٣ ، ٢٢٤، شرح قانون الأحوال الشخصية للدكتور مصطفى السباعى ١٨١/٢،١٨٢)

ولـــو اتحد نصيبه على تقدير ذكورته وأنوثته ،ككونه أخاً لأم ، أعطى السدس إن اتحد ،والثلث مع غيره إن تعدد فى الأول ، وأخذ جميع المال فى الثانى .

وإلـــى هذا ذهب أبو يوسف فى رواية ، والمالكية فى المشهور عندهم ، والإباضية ، وروى عن الشعبى .

وحجتهم فى ذلك : أن القاعدة أنه إذا تنازع اثنان مالاً ، فمن المصلحة العامة قسمته بينهما ،قطعاً للنزاع .وأيضاً فإنه يستحيل وجود شخص واحد يجمع بين الذكورة والأنوثة ، فليست إحدى الحالتين أولى من الأخرى ،فيعطى نصف ما يستحقه فى الحالتين [١] .

المذهب الثالث : يرى أصحابه أن الخنثى المشكل يعطى أقل نصيبه من ميراث ذكر أو أنـــثى ، ويعطى الورثه المشاركون له أقل ما يصيبهم من ذكر أو أنثى ، ويوقف الباقى حتى يتبين أمره . وإلى هذا ذهب الشافعية وأبو ثور[٢]

واستدلوا على ذلك بالمعقول من وجهين :

أحدهما : أن الميراث لا يستحق إلا بالتعيين دون الشك ، وفى هذا المذهب تطبيق لهذه القاعدة [٣]

والـثانى : أنـــه لما كان سائر أحكام الخنثى سوى الميراث لا يعمل فيها إلا على اليقين ، فكذلك الميراث[٤]

المذهب الـرابع : يفرق أصحابه بين فرضين : الأول إذا كان يرجى اتضاح أمره ، بأن كان صغيراً .والثانى :إذا كان لا يرجى اتضاح أمره ، كما لو مات قبل البلوغ أو بلغ مشكلاً.

ففــى الفـرض الأول : يوقــف أمـــره ما دام صغيراً ، فإن احتيج إلى قسم الميراث ، أعطى هو ومن معه اليقين ، أى أقل النصيبين ، ووقف الباقى حتى يتضح أمره بالبلوغ ، وهم بهذا كالشافعية .

وفــى الفـرض الـثانى : يرث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى ،كما هو الحال عند المالكية .

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٤٨٩/٤ ، ٤٩٠ ،مواهب الجليل ٦١٣/٨، الكافى لابن عبد البر ص٥٥٩ ، الإختيار ١١٥/٥ ، حاشية ابن عابدين ٣٧٣/١٠، البدائع ٤٨٥/٧ ،أسهل المدارك٣٢٧/٣ ، ٣٢٨ ،القوانين الفقهية ص٣٩٠، كتاب النيل وشرحه لابن أطفيش ٥٠٣/١٥.

(٢) الحاوى ١٦٨/٨ ، فتح الوهاب وحاشية البحيرى ٢٩٦/٣، مغنى المحتاج ٣٧/٣ .

(٣) الحاوى١٦٩/٨ ، روضة الطالبين ٤٠/٦ .

(٤) الحاوى ١٦٩/٨ .

وهذا مروى عن ابن عباس والشعبى وابن أبى ليلى وأهل المدينة ومكة ، والثورى والحسن اللؤلؤى من الحنفية وشريك والحسن بن صالح[١] ، وضرار بن صرد[٢] ، ونعيم بن حماد[٣] رضى الله عنهم جميعاً وإليه ذهب الحنابلة[٤].

واستدل هؤلاء ، بأن هذا قول ابن عباس رضى الله عنهما . قال ابن قدامة : "ولم نعرف له فى الصحابه منكراً"[٥].

وبأن حالتى الخنثى تساوتا ، فوجبت التسوية بين حكميهما ، كما لو تداعى نفسان داراً بأيديهما ولا بينة لهما[٦].

إلا أن أعدل هذه المذاهب وأفضلها – فى نظرى –هو الأول ،لقوة حجته وصحتها . ولأنه وإن كان قد عامل الخنثى على أسوإ حاليه ، إلا أنه لم يهمل حاله الثانى على الإطلاق ، وإنما استوجب أن يأخذ القاضى له كفيلاً من بقية الورثة ، ليرد عليه بقية حقه إن اتضح أنه على غير الحالة التى عومل بها . وفى هذا من الاحتياط له والمحافظة له على حقه إن استحقها ما يجعل النفس تطمئن إلى أن هذا المذهب هو أقدر المذاهب على الموازنة بين مصالح كافة الورثة وتحقيقها لهم ،ولذا كان هو الراجح فى نظرى ...

والله تعالى أعلم.

ما أخذ به قانون المواريث من هذه المذاهب :

أخذ قانون المواريث المصرى بالمذهب الأول الذى عليه عامة الصحابة رضى الله عنهم ، والإمامان أبو حنيفة ومحمد والمفتى به عند الحنفية ، فنصت المادة (٤٦) منه على أن : "للخنثى المشكل وهو الذى لا يعرف أذكر هو أم أنثى أقل النصيبين ، وما بقى من التركة يعطى لباقى الورثة"[٧].

---

(١) هو الحسن بن صالح بن حيّ الهمدانى الثورى ، أبو عبد الله الكوفى العابد ، المولود سنة مائة للهجرة ، والمتوفى سنة تسع وستين ومائة . روى عن اسماعيل السُّدى ، وسماك بن حرب ، وسلمة بن كهل ، وشعبة ، وعنه وكيع وأبو نعيم الفضل بن دُكين ، ويحيى بن آدم . قال أبو حاتم : "ثقة حافظ متقن " وقال أبو زرعة : "اجتمع فيه إتقان وفقه وعبادة وزهد" . (تذكرة الحفاظ ٢١٦/١ ، طبقات الحفاظ للسيوطى ص ٩٢ (١٩٣) ، شذرات الذهب ٢٦٢/١) .

(٢) هو ضرار بن صرد بن سليمان ، أبو نعيم التيمى الكوفى . المتوفى سنة ١٢٩هـ قال ابن الجزرى : ثقة صالح . روى عن الكسائى ، ويحيى بن آدم . وروى عنه حمدان بن يعقوب ، ومحمد بن خلف التميمى .(طبقات القراء لابن الجزرى ٣٣٨/١ (١٤٦٩) ، تهذيب التهذيب ٤٠٠/٤ (٧٩٧).

(٣) هو نعيم بن حماد بن معاوية الخزاعى المروزى ، أبو عبد الله ، نزيل مصر ، روى عن إبراهيم بن طهمان ، وابن عيينة ، وابن المبارك وغيرهم . وعنه ابن معين ، والبخارى ، وأبو حاتم ، وأبو زرعة ، وغيرهم . وكان أول من جمع "المسند" حبس بسامرا بسبب محنة القرآن حتى مات سنة ٢٢٨هـ ، وأوصى أن يدفن فى قيوده. (تاريخ بغداد ٣٠٦/١٣ ، شذرات الذهب ٦٧/٢ ، تذكرة الحفاظ ٤١٨/٢ ، طبقات الحفاظ ص ١٨٠ (٤٠٦)).

(٤) المغنى ١١٦/٧ ، الشرح الكبير معه ١٤٩/٧ ، ١٥٠ ، الروض المربع ص ٣٣١ .

(٥) المغنى ١١٧/٧ .

(٦) المرجع السابق .

(٧) التركة والحقوق المتعلقة بها للشيخ أحمد إبراهيم ص ٤٤٨ .

الباب الرابع
أحكام الدعوى بالمجهول في مجال الجنايات والغنائم والفيء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

تمهيد :

من المجـالات التي توجد فيها تطبيقات للدعوى بالمجهول في الفقه الإسلامي : الجنايات

والجنايات جمع جناية ، والجناية في اللغة : اسم لما اكتسب من الشر[١].

وفى اصطلاح الفقهاء : الذنب والجرم وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص فى الدنيا والآخرة[٢].

ومن تطبيقات الدعوى بالمجهول فى مجال الجنايات : دعوى الحكومة ، ودعوى غصب المجهول.

ذلك أن ما يجب على الجاني دفعه للمجنى عليه مقابل اعتدائه على سلامة جسمه فى الفقه الإسلامى ، منه ما ورد الشرع بتقديره ، وهو ما يسمى بالدية أو الأرش . ومنه مالم يرد الشرع بتقديره ، وترك تقديره لاجتهاد الحاكم ، وهو ما يسمى بالحكومة . ولكل ضربٍ من هذين الضربين جرائم خاصة به .

فـإذا ما اعتدى على إنسان بجريمة توجب حكومة ، كان للمعتدى عليه أن يرفع دعـوى بهـا ، وطالما أن تقديرها يخضع لاجتهاد الحاكم ، فليس على المدعى أن يحدد مقدار ما يطلبه فيها . ومع ذلك تقبل هذه الدعوى .

كذلك فإن من غصب منه شئ من ماله ، من حقه أن يطالب به عن طريق القضاء ، والفقـه الإسـلامي حيـن قرر هذا الحق للمغصوب منه ، لم يلزمه ببيان قيمة الشيء المغصـوب فـى صحيفة دعواه ؛ مبرِّراً ذلك بأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله ، فلو كلف ببيان قيمة المغصوب لتضرر به ، والضرر مرفوع بنص الشرع ، حيث " لا ضرر ولا ضـرار "[٣] ، والغـنائم جمع غنيمة ، والغنيمة هي كل ما أخذ من المشركين قهراً بقتال بإيجاف خيل أو ركاب . والفيء هو كل ما أخذ من المشركين عفواً بغير قتال ،...

---

[١] لسان العرب مادة " جنى " ١٤/ ١٥٤، المعجم الوسيط ١٤١/١ .

[٢] تكملة المجموع للشيخ المطيعى ٣٤٤/١٨ ط دار الفكر .

[٣] سبق تخريجه فى ص ٨٨.

ولا إيجاف خيل ولا ركاب ، كالذى تركوه فزعاً من المسلمين وهربوا ، والجزية ، وعشر أموال أهل دار الحرب إذا دخلوا إلينا تجاراً أو نصف عشر تجارات أهل الذمة ، وخراج الأرَضِين ، ومال من مات من المشركين ولا وارث له[1].

وفــى كــل من الغنيمة والفيء حقوق للمقاتلين وغيرهم ، وهذه الحقوق مجهولة بالنســبة لهـم ، ولذا فإنه لا يلزمهم بيان مقدار ما يطالبون به من حقوق لهم عن طريق الدعوى[2].

وفى هذا الباب أبين – بمشيئة الله تعالى – هذه الدعاوى وأحكامها ، وذلك في فصلين كما يلي :

الفصل الأول : أحكام الدعوى بالمجهول في مجال الجنايات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الفصل الثاني: أحكام الدعوى بالمجهول في مجال الغنيمة والفيء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

---

(١) الحاوي ٣٨٦/٨ ، العزيز للرافعي ٣٢٥/٧ ، ٣٤٥ ، الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٣٥ ، شرح الخرشي وحاشية العدوى ١٢٩/٣ ، بداية المجتهد ٥١٧/١ ، ٥٣٣ ، دليل الطالب ومنار السبيل ١٧٧/١ ، المغنى ٢٩٧/٧ ، تفسير ابن كثير ٣١٧/٢ ، ٣٣٥/٤ . والمقصود بالركاب : الإبل خاصة . وبالإيجاف : الحركة فى السير إليه .
فكل ما أخذ من مال المشركين بغير ذهاب إليه فهو فئ . وكل ما أخذ من أموالهم بعد التحرك إليهم ومجاهدتهم فهو غنيمة ، سواء أخذ عنوة أو استولوا أهله بأمان . (المغنى ٢٩٨/٧ ، ٢٩٩ ، تفسير ابن كثير ٣٣٥/٤) .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٠٢ .

الفصل الأول
أحكام الدعوى بالمجهول في مجال الجنايات
في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : دعوى الحكومة والحكم فيها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المبحث الثاني : دعوى غصب المجهول والحكم فيها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المبحث الأول
دعوى الحكومة والحكم فيها
في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

تمهيد :

الحكومة لغة : من الحُكم – بالضم – وهو القضاء في الشيء بأنه كذا أو ليس بكذا سواء لزم ذلك الغير أم لا . وقد حكم له وعليه بالأمر يحكم حكماً وحكومة ، إذا قضى وحكم بينهم كذلك . وجمع الحكومة " حكومات " . يقال : هو يتولى الحكومات ويفصل الخصومات . قال الأصمعي : وأصل الحكومة رد الرجل عن الظلم . وإنما سمي الحاكم حاكماً لأنه يمنع الظالم من الظلم[١].

واصطلاحاً : جزء من الدية ، نسبته إلى دية النفس – وقيل : إلى عضو الجناية – نسبة ما نقص بالجناية من قيمة المجني عليه بعد برئه لو كان رقيقاً بصفاته التي هو عليها[٢].

وسميت حكومة لتوقف استقرارها على حكم الحاكم ، فهي لا تتقدر إلا باجتهاد الحاكم ، فإن اجتهد فيها من ليس بحاكم ملزم ، لم يستقر تقديره ، لأنه لا ينفذ حكمه[٣].

ذلك أن الأروش في الجنايات ضربان :

---

(١) تاج العروس للزبيدي مادة " حكم " ٣٥٣/٨ – منشورات مكتبة الحياة – بيروت – ، لسان العرب مادة " حكم " ١٤١/١٢ ، التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي ص ٢٩١ تحقيق د. محمد رضوان الداية ط ١ دار الفكر المعاصر – بيروت سنة ١٤١٠ هـ – ١٩٩٠م .

(٢) المنهاج ومغني المحتاج ٩٤/٤ ، ٩٥ ، منهج الطلاب وفتح الوهاب وحاشية البجيرمي ٢٣٣/٤ .

(٣) الحاوي الكبير ٣٠٢/١٢ ، مغني المحتاج ٩٥/٤ ، حاشية البجيرمي على الأنصاري ٢٣٣/٤ .

أحدهما : ما ورد الشرع بتقديره . وهذا يطلق عليه اسم الدية واسم الأرش ، إلا دية النفس، فإنها لا يطلق عليها اسم الأرش ، لأن الأرش لتلافى خلل ، ولم يبق مع تلف النفس ما يتلافى ، فلم يسم ديتها أرشاً ، فكل شئ تقدرت ديته بالشرع زال الاجتهاد فيه ، واستوى في حكمه قلة الشين وكثرته ، وذلك كالأنف واللسان والذكر ، فقد أوجب الشرع فـي كل منها الدية كاملة ، وكإحدى العينين وإحدى اليدين والرجلين ، فقد أوجب الشرع في كل منها نصف الدية و كالإصبع فقد أوجب الشرع فيه عشر الدية[١]. وقد جاء ذلك في الحديـث الذي رواه الإمام مالك وغيره عن عبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حـزم عن أبيه أن في الكتاب الذي كتبه الرسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم فـي العقول[٢]. **أن في النفس مائة من الإبل ، وفى الأنف إذا أُوعِيَ جدعاً[٣] مائة من الإبل ، وفى المأمومة[٤] ثلث الدية ، وفى الجائفة[٥] مثلها ، وفى العين خمسون ، وفى اليد خمسون ، وفى الرجل خمسون ، وفى كل إصبع مما هنالك عشر من الإبل ، وفى السن خمس ، وفى الموضحة خمس**[٦].

والضرب الثاني : ما لم يرد الشرع بتقدير أرشه ،؟ فالواجب فيه حكومة تختلف باختلاف الشين ، ولا تتقدر إلا باجتهاد الحاكم[٧].

وهذا الضرب هو محل دراستنا في هذا المبحث ، فإنه لما توقف تقدير الأرش فيه علـى اجـتهاد الحـاكم ، كان للمجنى عليه بجناية من الجنايات المستوجبة له ، أن يرفع دعوى يطالب فيها بحكومة جنايته دون بيان لمقدارها .

---

(١) الحاوي الكبير ٣٠١/١٢ ، ٣٠٢ .

(٢) العقول جمع عقل ، والعقل هو الدية . وسميت الدية عقلاً لأنها تعقل لسان ولى المقتول . (المغنى ٥١٥/٩ ، مختار الصحاح ص ٤٤٧) .

(٣) أُوعِيَ جدعاً : أخذ كله قطعاً . (الشيخ محمد عبد الباقي في تحقيقه للموطأ ٨٤٩/٢ هامش (١) .

(٤) المأمومة أو الآمة هي التي تبلغ خريطة الدماغ – المخ – المحيطة به وهى أم الدماغ ، دون أن تفتقها . وأم الدماغ : جلدة رقيقة مفروشة عليه متى انكشفت عنه مات .(الهداية ٦٤٩/٤ ، مغنى المحتاج ٣٤/٤ ، تبيين الحقائق ١٣٢/٦ ، الشرح الكبير للدردير ٢٥٢/٤) .

(٥) الجائفة : جرح ينفذ إلى الجوف من الصدر أو الظهر أو البطن أو الجنبين . (مغنى المحتاج ٣٥/٤ ، رد المحتار ١٩٢/١٠ ، مختصر القدروى ص ١٨٨) .

(٦) الموطأ ، كتاب العقول ، باب ذكر العقول ٨٤٩/٢ (١) ، سنن النسائي كتاب القسامة باب عقل الأصابع ٥٨/٨ ، سنن الدارمى كتاب الديات باب كم الدية من الإبل ٢٥٣/٢ ، ٢٥٤ (٢٣٦٦) ، السنن الكبرى للبيهقى كتاب الديات باب جماع أبواب الديات فيما دون النفس ٨١/٨ ، واللفظ لمالك .

(٧) الحاوي الكبير ٣٠٢/١٢ .

وقد قال الإمام الغزي : " الدعوى بالمجهول تصح في مسائل : منها كل ما كان المطلوب فيه موقوفاً على تقدير القاضي ..... ومنها الحكومات ....." [١].

كما جاء في أشباه السيوطي[٢] ضمن مسائل الدعوى بالمجهول : " الدعوى بالحكومة " وجاء أيضاً في نهاية المحتاج[٣]: " وقد تسمع الدعوى بالمجهول في صور كثيرة ... بل قد لا تتصور إلا مجهولة ، وذلك فيما يتوقف تعيينه على القاضي ، كفرض مهر ومتعة وحكومة ورضخ " [٤].

وفي مطالب ثلاثة أبين – **بمشيئة الله تعالى** – من له حق رفع دعوى الحكومة . وما يجب أن يحكم به فيها . وموقف القانون الوضعي من هذا الدعوى . ثم أتبعها بمطلب رابع لعقد مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في دعوى الحكومة .

المطلب الأول
من له حق رفع دعوى الحكومة
في الفقه الإسلامي

من له حق رفع دعوى الحكومة هو كل من جُنِيَ عليه بجناية توجب الحكومة .

والجنايات التي توجب الحكومة لدى كافة الفقهاء هي الجنايات الواقعة على ما دون النفس ، والتي لا قصاص فيها ولا أرش مقدر ، بشرط أن يكون لها أثر باق : جرح أو خدش أو كسر عظم ، أو ورم باق أو لون باق[٥].

والجنايات على ما دون النفس التي لا قصاص فيها هي التي افتقدت فيها المماثلة بين محل الجناية ونظيره من الجاني في المنافع ، أو وجدت هذه المماثلة ولكن استحيل استيفاء المثل من الجاني في القصاص من غير حيف أو نقصان ، بشهادة أهل الخبرة .

وذلك لأن المماثلة بين المحلين مشروطة في القصاص ، كما أن اعتبار المساواة في الاستيفاء مشروط أيضاً[٦]..

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٠٤ .

(٢) ص ٥٠١ .

(٣) ٣٤١/٨ .

(٤) ونحو هذا في مغني المحتاج ٥٩٠/٤ .

(٥) البدائع ٤٧٥/٧ ، ٤٧٦ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ١٩٢/١٠ ، الذخيرة للقرافي ٣٩٩/١٢ ، ٤٠٠ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٦٩/٤ ، الأم للإمام الشافعي ٨٣/٦ ، الحاوي الكبير ٣٠٠/١٢ ، مغني المحتاج ٩٤/٤ ، المغني ٦٦٠/٩ ، كفاية الأخيار للحصني ٦١١/٢ ، اللمعة الدمشقية والروضة البهية ٢٨٥/١٠ ، التاج المذهب ٣٣٢/٤ ، حدائق الأزهار والسيل الجرار ٤٤٩/٤ ، ٤٥٠ ، البحر الزخار ٢٨٢/٦ .

(٦) الهداية ١٦٤٩/٤ ، البدائع ٤٣٩/٧ ، رد المحتار والدر المختار ١٥٧/١٠ ، الذخيرة ٣٣١/١٢ ، ٣٣٧ ، التاج والإكليل ٣١٤/٨ ، إرشاد السالك وأسهل المدارك ١١٤/٣ ، ١١٥ ، ١٢٠ ، مغني المحتاج ٣٤/٤ ، ٣٥ ، المقنع مع =

لقولـــه تعــالى : ﴿ **وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص** ﴾ [١]. وقولة تعالى :﴿ **فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم** ﴾ [٢]. وقولة تعالى : ﴿ **وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به** ﴾ [٣]. وقولة تعالى : ﴿ **من عمل سيئة فلا يجزى إلا مثلها** ﴾ [٤]. ونحو ذلك من الآيات [٥].

وعليه فلو انعدمت المماثلة بين المحلين ، أو تحققت المماثلة ولكن استحال استيفاء المثل من الجاني من غير حيف أو نقصان ، سقط القصاص واستبدل به حكومة العدل ، تحقيقاً لقوله تعالى : ﴿ **ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين** ﴾ [٦]، ولقوله تعالى:﴿ **لا تظلمون ولا تظلمون** ﴾ [٧].

أما الجنايات التي لا أرش فيها مقدر : فهي الجنايات التي لم يرد في الشرع تقدير أرشٍ معين لها ، لأن مقادير الديات . كما قال الفقهاء. :" **توقيفية** "[٨] أي أنها لا تؤخذ إلا من نص أو قياس[٩].

وفيما يلي بعض أمثلة للجنايات التي توجب حكومة العدل[١٠].

١- كسر العظام كلها إلا السن خاصة :

فمن كسر عظم من عظامه غير السن ، وجبت له حكومة عدل على الجاني وله أن يرفع دعوى بها . وقد قال بهذا جمهور الفقهاء : الحنفية والمالكية والشافعية . . - - - - - - --

---

=الإنصاف ١٥/١٠ ، ٢١ ، المغنى والشرح الكبير ٤١٧/٩ ، ٤٣٨ ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي للشيخ عبد القادر عودة ٢١٩/٢ ، ٢٢١ ط دار الكتاب العربي – بيروت – .

(١) من الآية ٤٥ من سورة المائدة .

(٢) من الآية ١٩٤ من سورة البقرة .

(٣) من الآية ١٢٦ من سورة النحل .

(٤) من الآية ٤٠ من سورة غافر .

(٥) بدائع الصنائع ٤٣٨/٧ ، ٤٣٩ .

(٦) من الآية ١٩٠ من سورة البقرة .

(٧) من الآية ٢٧٩ من سورة البقرة .

(٨) الدار المختار ورد المحتار ١٨٤/١٠ ، ١٩٢ ، الهداية ١٦٥١/٤ .

(٩) الحاوي الكبير ٣٠٤/١٢ .

(١٠) يلاحظ أن تناولنا لهذه الأمثلة سيكون بشكل موجز ، حتى لا يخرجنا لتفصيل القول فيها عن إطار البحث .

في المشهور ، والزيدية ، ومسروق وابن المنذر فيما حكى عنهما[1].

وذلـك لأن اسـتيفاء القصاص بصفة المماثلة فيما سوى السن من العظام متعذر ، حيث يعظم الخطر فيها ، كما أن الشرع لم يرد فيه بأرش مقدر ، فتجب فيه الحكومة. أما السن فإن استيفاء المثل فيه ممكن، وقد ورد الشرع فيه بأرش مقدر[2]،وهو خمس من الإبل [3] ، فلم تجب فيها حكومة .

وقـد حكى عن الشافعي في القديم أنه أضاف إلى السن في عدم وجوب الحكومة : الضلع[4] والترقوة [5] وقال بأن لكل منهما أرشاً مقدراً وهو بعير للضلع وبعير للترقوة [6] وروى هذا عن عمر بن الخطاب[7] وسعيد ابن المسيب ومجاهد وعبد الملك بن مروان ، وسعيد بن جبير وقتادة وإسحاق[8].

كما أضاف الحنابلة إلى هذه الثلاثة - السن والضلع والترقوة - في عدم وجوب الحكومـة : الزنديـن ، وقالوا بأن فيهما أرشاً مقدراً وهو أربعة أبعرة[9] ورووا هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه [10].

---

(1) البـدائع ٤٧٦/٧ ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٣١٦/٨ ، ٣١٧ ، الأم ٨٥/٦ ، المختصر ص ٢٤٦ ، الحاوي ٣٠٤/١٢ ، ٣٠٥ ، المغنى ٦١٢/٩ ، ٦٥٥ ، ٦٥٦ ، المبدع ١٣/٩ ، المحلى ٨٣/١١ .

(2) البدائع ٤٧٦/٧ .

(3) وقـد جاء ذلك في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم في العقول ، وفيه : " وفى السن خمس " - راجع الحديث وتخريجه في ص ٥٢٦ .

(4) الضلع : عظم من عظام قفص الصدر منحن ، وفيه عرض . (المعجم الوجيز ٣٨١ ، ٣٨٢) .

(5) الترقوة : العظم المستدير حول العنق من النحر إلى الكتف ، ولكل واحد ترقوتان . (المغنى ٦٥٥/٩) .

(6) مختصر المزني ص ٢٤٦ ، الحاوي الكبير ٣٠٤/١٢ .

(7) فعـن أسلم مولى عمر بن الخطاب أن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه قضى في الضرس بجمل ، وفى الترقوة بجمل ، وفى الضلع بجمل . (رواه مالك في الموطأ ، كتاب العقول ، باب جامع عقل الأسنان ٨٦١/٢ (٧) ، البيهقى في سننه الكبرى ، كتاب الديات باب ما جاء في الترقوة والضلع ٩٩/٨ ، وابن حزم في المحلى ٨٢/١١ ، واللفظ لمالك) .

(8) المغنى والشرح الكبير ٦٣٦/٩ ، ٦٥٥ ، ٦٥٦ ، المحلى لابن حزم ٨٢/١١ وما بعدها .

(9) المغنى والشرح الكبير ٦٣٦/٩ ، ٦٣٧ ، ٦٥٥ ، ٦٥٦ ، منار السبيل ٢٣٩/٢ ، المبدع ١١/٩ ، ١٢ .

(10) فعـن ابن أبي مليكه عن نافع بن عبد الحارث قال : كتبت إلى عمر أساله عن رجل كسر أحد زنديه فكتب إلّي عمر أن فـيه حِقّتين بكرتين .(رواه ابن أبي شيبة في مصنفه كتاب الديات باب ١٦١ - الزند يكسر ٤٠٥/٦ (١) والحِقة من الإبل هي التي دخلت في السنة الرابعة وأمكن ركوبها والحمل عليها . والبكرة هي الفتية من الإبل ، المعجم الوجيز ص ٥٩ ، ١٦٣) .

٢-قطع اللسان الأخرس أو اليد الشلاء أو الرجل الشلاء ، أو قلع العين الذاهبة البصر القائمة الصورة :

ففي كل من هذه الأعضاء حكومة العدل . وقد قال بهذا جمهور الفقهاء : الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة في المذاهب[٤] والزيدية [٥] ومسروق والزهري وأبو ثور والنعمان وابن المنذر فيما روى عنهم[٦].

لأنه لا قصاص في هذه الأعضاء ، وليس فيها أرش مقدر أيضاً ؛ لأن المقصود هاهنا المنفعة وهى مفقودة فيها ، فلا يجب فيها إلا الحكومة[٧] .

وقد خالف في ذلك الظاهرية وأحمد في رواية وأبو الخطاب وسعيد بن المسيب ومجاهد وإسحاق فيما روى عنهم، فقالوا بأن لهذه الأعضاء أرشاً مقدراً وهو ثلث ديتها[٨].

لما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم **قضى في العين العوراء السادة لمكانها إذا خُسِفت بثلث ديتها ، وفى اليد الشلاء إذا قُطِعت بثلث ديتها ، وفى السن السوداء إذا نُزِعت بثلث ديتها**[٩].

ولما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى في العين القائمة إذا خُسِفت ، واليد الشلاء إذا قُطِعت ، والسن السوداء إذا كُسِرت ، ثلث دية كل واحدة منهن[١٠].

---

(١) البدائع ٤٧٦/٧ ، العناية على الهداية ٢٧٩/١٠ ، مجمع الأنهر وبدر المتقى ٦٤٥/٢ .

(٢) مختصر خليل والتاج والإكليل ٣١٤/٨ ، ٣١٥ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ، الذخيرة ٣٧٨/١٢ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٢٥٢/٤ ٢٧٧ ، شرح منح الجليل ٣٦٧/٤ ، القوانين الفقهية ص ٣٤٥.

(٣) الأم ١٢٠/٦ ، المختصر ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ الحاوي ٢٩٧/١٢ ، المنهاج ومغنى المحتاج ٤١/٤ وما بعدها .

(٤) المقنع والإنصاف ٧٧/١٠ ، ٧٨ ، المحرر ١٣٩/٢ ، كشاف القناع ٦١ / ٥٠، ٥١ ، الكافى ١١٦/٤ ، ١١٧ .

(٥) إلا أنهم قدروا حكومة كل عضو بثلث ديته . (التاج المذهب ٣٣٣/٤ ، البحر الزخار ٢٨١/٦ ، ٢٨٤، ٢٨٥)

(٦) في المغنى والشرح الكبير ٥٨٧/٩ ، ٥٨٩ ، ٦٣٧ ، ٦٣٩ .

(٧) الهداية والعناية عليه ٢٧٩/١٠ ، البدائع ٤٧٦/٧ ، الحاوي ٢٩٧/١٢ ، ٢٩٩ ، المغنى والشرح الكبير ٥٨٧/٩ ، ٦٣٧ ، المبدع ٣٧٦/٨ ، الكافي ١١٦/٤، ١١٧ .

(٨) المحلى لابن حزم ٦٤/١١ ، ٦٥ ، المغنى والشرح الكبير ٥٨٧/٩ ، ٥٨٩ ، ٦٣٧ ، ٦٣٩ ، منار السبيل ٢٣٩/٢ ، الإنصاف ٨٨/١٠ ، الكافى ١١٦/٤ ، المبدع ٣٧٦/٨ .

(٩) أخرجه النسائي في سننه ، كتاب القسامة باب العين العوراء السادة لمكانها ٥٥/٨ . وأخرجه أبو داود في العين وحدها ، سنن أبي داود ، كتاب الديات باب ديات الأعضاء ١٩٠/٤ (٤٥٦٧) بلفظ : " **قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في العين القائمة السادة لمكانها بثلث الدية** " .

(١٠) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى ، كتاب الديات باب ما جاء في العين القائمة واليد الشلاء ٩٨/٨ ، وابن حزم

ولما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : " في اليد الشلاء إذا قطعت ثلث ديتها "[1].

قال ابن حزم بعد أن روى هذين الأثرين عن هذين الصحابيين الجليلين :

" ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة أصلاً ".[2]

ويبدو أن الحق مع هؤلاء ، حيث قد ورد الخبر الصحيح بما يؤيدهم ، وعند ورود الخبر الصحيح ، لا مجال للاجتهاد ، خاصة وقد انضم إليه إجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ..... **والله تعالى أعلم** .

٣-قلع عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته بنظر في العين وحركة في الذكر وكلام في اللسان :

وقد قال بهذا الحنفية وبعض المالكية ، واحتجوا بأن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة ، فإذا لم تعلم صحتها ، لا يجب الأرش الكامل بالشك[3].

بينما ذهب جمهور الفقهاء : الشافعية والحنابلة والمالكية في الأظهر والإمامية والزيدية إلى أن هذه الأعضاء تجب في كل عضو منها دية كاملة ، لإطلاق حديث عمرو بن حزم السابق . ولأن الغالب فيها الصحة، وعدم صحتها أمر نادر، فأشبه قطع المارن والأذن[4].

والواقع أن هذا الرأى أوجه من سابقه ؛ لقوة حجته ، ولأن التحوط في مثل هذه القضايا لصالح المجني عليه وتقرير العقوبة الرادعة على ارتكاب مثل هذه للجرائم البشعة ، لأمر واجب ، وهذا لا يتحقق إلا بالعمل برأى الجمهور .....

والله تعالى أعلم .

=في المحلى ٦٤/١١ ، وابن أبي شيبة في مصنفة كتاب الديات ٤٦ – السن السوداء تصاب ٣١٢/٦ (٧، ٨) . كما رواه عن إبراهيم النخعي وسعيد بن المسيب والحسن وابن عباس في نفس الموضع (٢ ، ٣، ٤ ، ٥ ، ٦) .

(١) رواه ابن حزم في المحلى ٦٤/١١ وابن أبي شيبة في مصنفة كتاب الديات باب ٥٣ – اليد الشلاء تصاب ٣١٨/٦ (٤) كما رواه عن عمر بن الخطاب وسعيد بن المسيب في نفس الموضع (٢ ، ٣) .

(٢) المحلى ٦٥/١١ .

(٣) تنوير الأبصار والدر المختار ورد المحتار ١٩٥/١٠ ، الهدية ١٦٥٢/٤ ، ١٦٥٣ ، تبين الحقائق ١٣٤/٦ ، ١٣٥ ، الذخيرة للقرافى ٣٦٦/١٢ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٢٧٣/٤ ، ٢٧٧ ، البدائع ٧/ ٤٧٦ .

(٤) المنهاج ومغنى المحتاج ٧٧/٤ ، ٨٢ ، ٨٣ ، الوسيط للغزالى ٣٣٩/٦ ، ٣٤١ ، ٣٤٦ ، روضة الطالبين ٢٧٢/٩ ، ٢٧٤ ، ٢٨٧ ، المغنى ٥٨٦/٩ ، ٥٨٩ ، ٦١٠ ، ٦٢٨ ، شرح منتهى الإرادات ٣١٤/٣ ، المبدع ٣٦٨/٨ ، ٣٦٩ ، حاشية الدسوقى ٢٧٣/٤ ، ٢٧٧ ، الذخيرة ٣٦٦/١٢ ، شرائع الإسلام ٢٦٥/٤ ، ٢٦٩ ، اللمعة الدمشقية والروضة البهنية ٢٣٩/١٠ ، التاج المذهب ٣٣٢/٤ ، البحر الزخار ٢٧٦/٦ ، ٢٧٧ ، ٢٨١ ، ٢٨٣ .

٤-قطع ذكر الخِصيّ[١] أو العِنِّين[٢]:

وبــه قال الحنفية وبعض المالكية ، وأحمد في رواية والزيدية ، والثوري وقتادة وإسحاق فيما روى عنهم .

وحجــتهم : أن مــنفعة الذكر الإنزال والإحبال والجماع ، وقد عدم ذلك منه في حال الكمال ، فلم تكمل ديته كالأشل[٣].

وقــد خــالف في ذلك الشافعية والمالكية في الراجح ، وأحمد في رواية ، حيث قالوا بأن في هذا الذكر دية كاملة[٤]، لأن الخصى سليم الذكر ، وهو قادر على الإيلاج ، فمنفعــته باقية[٥] والعِنِّين لا خلل في نفس عضوه ؛ لأن العِنَّة ليست عيباً في الذكر ، إنما هي عيب في القلب أو الدماغ ، لأن الشهوة في القلب والمنى في الصلب ، فإن كانت العنَّة من قلة الشهوة فمحلها في القلب ،وإن كانت في قلة المنى فمحله في الصلب ، والذكر ليس بمحــل لواحد منهما ، فكان سليماً من العنين كسلامته من غير العنين ، وكانت الدية في قطعه منهما على سواء[٦].

وبهذا أيضاً قال الإمامية في قطع ذكر الخصى . أما في قطع ذكر العنين ، فقالوا بأن فــيه ثلــث الديــة لا الدية كاملة ، لأنه عضو أشل وديته ذلك . كما أن في الجناية عليه صحيحاً حتى صار أشل ثلثي الدية[٧].

---

(١) الخصى هو مقطوع الأنثيين بجلديتهما . (مغنى المحتاج ٤٣/٤).

(٢) العــنين هــو العاجز عن الوطء لصغر ذكره أو لعدم إنعاظه لكبر أو علة عن جميع النساء . (مغنى المحتاج ٤٣/٤ ، حاشية الدسوقى ٢٧٣/٤) .

(٣) الــبدائع ٤٧٦/٧ ، العــناية عــلى الهداية ٢٧٩/١٠ ، مجمع الأنهر وبدر المتقى ٦٤٢/٢ ، بداية المجتهد ٥٠٥/٢ ، الذخــيرة ٣٦٦/١٢ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٢٧٣/٤ ، التاج والإكليل ٣٣٩/٨ ، أسهل المدارك ١٣٧/٣ ، المغنى ٦٢٨/٩ ، ٦٢٩ المبدع ٣٧٦/٨ ، الكافي لابن قدامه ١١٣/٤ ، ١١٦ ، شرح منتهى الإرادات ٣١٧/٣ ، الإقناع ٢٢٧/٤ ، البحر الزخار ٢٨٣/٦ ، التاج المذهب ٣٢٦/٤.

(٤) الأم ٢٢١/٦ ، المختصر ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، الحاوي ٢٩٨/١٢ ، ٢٩٩ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ١٩٩/٤ ، الذخــيرة ٣٦٦/١٢ ، الــتاج والإكليل ٣٣٩/٨ ، بداية المجتهد ٢/ ٥٠٥ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٢٧٣/٤ ، الكافي لابن قدامة ١١٦/٤ ، المغنى ٩/ ٦٢٨ ، ٦٢٩ .

(٥) مغنى المحتاج ٤/ ٤٣ ، روضة الطالبين ٩/ ٢٨٧ ، المغنى ٩/ ٦٢٩ ، الكافي ٤/ ١١٣ ، المبدع ٨/ ٣٧٦ ، ٣٧٧ .

(٦) الحــاوي ١٢/ ٢٩٨ ، مغــنى المحتاج ٤/ ٤٣ ، ٨٢ ، ٨٣ ، فتح الوهاب ٤/ ١٩٩ ، حاشية عميرة على المحلى ٤/ ١٣٨ .

(٧) شرائع الإسلام ٤/ ٢٦٩ ، اللمعة الدمشقية والروضة البهية ١٠ / ٢٣٥ ، ٢٣٦ .

٥-قطع الذكر مقطوع الحشفة :

فيه حكومة أيضاً عند عامة الفقهاء ، لأنه لا منفعة في الذكر بدون الحشفة ، فلا يمكن إيجاب أرش مقدر ولا قصاص فيه ، فتجب الحكومة[1].

وقد خالف في ذلك الإمام أحمد في رواية ضعيفة، فقال بأن في هذا الذكر ثلث الدية[2].

٦-قطع ثديي الرجل أو حلمتيه :

وقد قال بلزوم الحكومة في ذلك الحنفية والمالكية والشافعي في قول هو ظاهر المذهب ، والزيدية ، وبعض الإمامية . وحكى كذلك عن ابن المنذر والنخعي[3].

لأنه لا قصاص فيها ولا أرش مقدر ، لأنه لا منفعة فيهما[4] ، لأن منفعتهما بالرضاع ، وذلك مختص بالمرأة دون الرجل[5] ، فوجبت فيهما حكومة فقط ، نظراً لذهاب الجمال وحسن الهيئة ، كما لو قطعت اليد الشلاء والرجل الشلاء والعين القائمة الذاهبة البصر[6].

بينما ذهب الحنابلة والشافعي في قول والإمامية في الراجح ، وإسحاق فيما روى عنه إلى أن في ثديي الرجل وحلمتيه الدية كاملة[7] ، لكمال نفعهما في الجنس وإن كان أقل من نفعهما في غير الجنس[8] .

ولأن ما وجب فيه الدية من المرأة ، وجب فيه من الرجل كاليدين وسائر الأعضاء[9].

---

(١) البدائع ٧/ ٤٧٧ ، الذخيرة ١٢/ ٣٦٦ ، شرح منح الجليل ٤/ ٣٧٣ ، جواهر الإكليل ٢/ ٢٦١ ، الأم ٦/ ١٢١ ، مغني المحتاج ٤/ ٨٣ ، روضة الطالبين ٩ / ٢٨٧ ، الإقناع ٤/ ٢٢٧ ، المغنى مع الشرح الكبير ٩/ ٦٤٠ ، المقنع والإنصاف ١٠ / ٨٧ ، الكافي ٤/ ١١٦ ، كشاف القناع ٦/ ٥٠ ، ٥١ ، البحر الزخار ٦/ ٢٨٣ ، شرائع الإسلام ٤/ ٢٦٩ ، التاج المذهب ٤/٣٣٣ .

(٢) المغنى ٩/ ٦٤٠ ، الإنصاف ١٠ / ٨٨ .

(٣) الهداية ٤/ ١٦٤٦ ، الدر المختار ١٠ / ١٨٨ ، الذخيرة ١٢/ ٣٧٢ ، الأم ٦/ ١٢٩ ، الوجيز ٢/ ١٤٥ ، روضة الطالبين ٩/ ٢٨٥ ، الحاوي ١٢/ ٢٩٢ ، المنهاج ومغنى المحتاج ٤/ ٨١ ، ٨٢ ، التاج المذهب ٤/ ٣٢٧ ، المغنى ٩/ ٦٢٥ ، ٢٢٦ ، اللمعة الدمشقية والروضة البهية ١٠ / ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، البحر الزخار ٦/ ٢٨٣ وفيه : " وفي ثديي الرجل حكومة إجماعاً " .

(٤) البدائع ٧/ ٤٧٦ ، ٤٧٧ ، الهداية مع تكملة الفتح ١٠ / ٢٨٢ ، الأم للإمام الشافعي ٦/ ١٢٩ مغنى المحتاج ٤/ ٨٢ ، فتح الوهاب ٤/ ٥٢٥ .

(٥) الأم ١٢٩/٦ ، الحاوي الكبير ٢٥٢/١٢ .

(٦) الأم ١٢٩/٦ ، المغنى ٦٢٦/٩ .

(٧) الإقناع ٤/ ٢٢٦ ، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٣١٤ ، المغنى ٩/ ٦٢٥ ، دليل الطالب مع منار السبيل ٣٣٤/٢ ، الكافي ١١٣/٤ ، الحاوي ٢٩٢/١٢ ، مغنى المحتاج ٨٢/٤ ، شرح المحلى ٤/ ١٣٧ ، ١٣٨ ، اللمعة الدمشقية والروضة البهية ٢٣٤/١٠ ، شرائع الإسلام ٢٦٩/٤ ، المحلى لابن حزم ٨٦/١١ ، روضة الطالبين ٢٨٥/٩ .

(٨) الحاوي ٢٩٢/١٢ .

(٩) مغنى المحتاج ٨٢/٤ ، شرح المحلى ١٣٨/٤ ، المغنى ٦٢٦/٩ ، الكافي ١١٣/٤ ، المبدع ٣٦٩/٨ ، ٣٧٠ .

ولأنه أذهب الجمال ، فوجبت الدية كأذن الأصم وأنف الأخشم[١].

كما ذهب الظاهرية إلى أن ثديي الرجل أو حلمتيه لا شئ فيهما إذا قطعتا خطأ ، أما عمداً ففيهما القود ؛ لعدم ورود دليل صحيح عندهم يوجب فيهما الدية أو الحكومة . ولأن الأموال محرمة لا تؤخذ إلا بحق يدل عليه دليل صحيح من الكتاب أو السنه أو الإجماع[٢]

٧-إزالة الشعر إذا لم ينبت :

فإذا أزال شخص شعر غيره ، ولم ينبت بعدها ، فعليه حكومة عدل ، وسواء في ذلك شعر الرأس أو الحاجبين أو اللحية أو أهداب العينين . وهذا عند المالكية والشافعية وأحمد في رواية ، والزيدية وابن المنذر وبه قال الإمامية في قول هو الأقوى عندهم بالنسبة لأهداب العينين[٣].

وقد احتج هؤلاء على ذلك بما يلي :

أولاً : أن الدية تجب فيما يكون له مع الجمال منفعة ، وهذا مسلوب المنفعة ، فلم تجب فيه الدية .

ثانياً : أن الدية تجب فيما يؤلم قطعه ويخاف سرايته ، وقد عدم في الشعر الألم والسراية ، فلم تجب فيه إلا الحكومة[٤].

ثالثاً : أن إزالة الشعر إتلاف جمال من غير منفعة ، فلم تجب فيه الدية كاليد الشلاء والعين القائمة[٥].

وقد خالف في ذلك الحنفية والحنابلة في الراجح والإباضية فقالوا بأن في الشعر دية كاملة إن لم ينبت سواء كان شعر الرأس أو اللحية أو الحاجبين أو أهداب العينين . وبهذا قال الإمامية إلا في أهداب العينين ، فإن لهم رأياً آخر هو الأقوى عندهم يوجب فيها حكومة فقط . كما روى هذا أيضاً عن على وزيد بن ثابت وسعيد بن المسبب ، وشريح والحسن وقتادة[١].

---

(١) المغنى ٦٢٦/٩ ، شرح منتهى الإرادات ٣١٤/٣ . والأخشم هو من أصابه داء في أنفه فأفسده فصار لا يشم .(المعجم الوجيز ص ١٩٧) .

(٢) المحلى لابن حزم ٨٦/١١ .

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٥٠٤ ، الذخيرة ٣٧٢/١٢ ، القوانين الفقهية ص ٣٤٥ ، الأم ١٢٣/٦ ، المختصر ص ٢٤٢ ، الحاوي ٣٠٠/١٢ ، روضة الطالبين ٢١٠/٩ ، المبدع ٣٨٩/٨ ، المغنى ٥٩٨/٩ ، الإنصاف للمرداوى ٩٩/١٠ ، البحر الزخار ٢٨١/٦ ، اللمعة الدمشقية والروضة البهية ٢٠١/١٠ ، التاج المذهب ٣٣٢/٤ ، ٣٣٣ .

(٤) الحاوي الكبير ٣٠٠/١٢ .

(٥) المغنى ٥٩٨/٩ ، المبدع ٣٨٩/٨ .

واحـتج هـؤلاء بأن الجاني أذهب الجمال على الكمال ، فوجب فيه دية كاملة ، كأذن الأصم وأنف الأخشم . كما أن في أهداب العينين نفعاً إضافة إلى الجمال ، وهو أنها تقي العينين وترد عنهما ، وتحسّن العين وتجمّلها فوجبت فيها الدية كالأجفان[٢].

٨-ما قبل الموضحة من الشجاج :

الموضحة هـي التي تكشف العظم وتوضحه ولو بقدر إبرة ، وإن لم يشاهد العظم لستره بالدم[٣].

والشجاج هـي الجروح التي تصيب الرأس والوجه خاصة، دون جراح سائر البدن[٤].

وما قبل الموضحة من الشجاج ست هي :

١- **الحارصة** : وهى التي تحرص الجلد ، أي تخدشه ولا تخرج الدم . وتسمى أيضاً الخارصة و " القاشرة " و " الحرصة " و " الحريصة "

٢- **الدامية** : وهى التي تدمى الجلد من غير أن يسيل منهادم . أو بعبارة أخرى : هي التي تضعف الجلد فيرشح منه دم من غير شق الجلد .

٣- **الدامعة** : وهى التي يسيل منها الدم كدمع العين . وقد تسمى البازلة .

٤- **الباضعة** : وهى التي تبضع الجلد ، أي تقطعه وتشق اللحم شقاً خفيفاً وتدمى ، إلا أنه لا يسيل الدم .

٥- **المتلاحمة** : وهى التي تغوص في اللحم ولا تبلغ الجلدة التي بين اللحم والعظم.
، وسميت بذلك تفاؤلاً بما تؤول إليه من الالتحام . وتسمى أيضاً : الملاحمة .

٦- **السمحاق** : وهى التي تبلغ الجلدة التي بين اللحم والعظم . وسميت بذلك لأن تلك الجلدة يقال لها سمحاق الرأس ، مأخوذة من سماحيق البطن وهى الشحم الرقيق

---

(١) الـدر المختار ورد المحتار ١٨٧/١٠ ، ١٨٨ ، مختصر القدورى ص ١٨٧ ، تبين الحقائق ١٣٠/٦ ، الإقناع ٢١٩/٤ المغنى ٥٩٤/٩ ، ٥٩٨ ، المقنع والإنصاف ٩٩/١٠ ، كشاف القناع ٣٧/٦ ، اللمعة الدمشقية والروضة البهية ١٩٩/١٠ ، ٢٠١ شرائع الإسلام ٢٦١/٤ ، ٢٦٢ ، الكافي ١١٧/٤ ، شرح منتهى الإرادت ٣٢٠/٣ ، المحلى لابن حزم ٥٢/١١ ، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة ٢٦١/١٩ .

(٢) العناية ونتائج الأفكار ٢٨١/١٠ ، ٢٨٢ ، تبين الحقائق ١٣٠/٦ ، مجمع الأنهر ٦٤١/٢ ، الكافي ١١٧/٤ ، المغنى ٩ /٥٩٤ ، ٥٩٨ ، المبدع ٣٨٩/٨ ، كشاف القناع ٣٧/٦ ، ٣٨ ، شرح كتاب النيل ١٥ / ٢٧ .

(٣) الهداية ١٦٤٨/٤ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٢٥١/٤ ، مغنى المحتاج ٣٣/٤ ، ٣٤ .

(٤) المغنى ٦٥٨/٩ ، شرح منتهى الإرادات ٣٢٢/٣ ، روضة الطالبين ٢٦٣/٩ .

وقدتسمى هذه الشحمة الملطاء والملطاة واللاطية[١].

فقد ذهب أكثر الفقهاء : الحنفية والمالكية والشافعية في قول عليه جمهور أصحابه ، وأحمد في رواية هي ظاهر المذهب ، إلى أن هذه الشجاج فيها حكومة عدل[٢] ، لما روى أن عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه كتب أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقض فيما دون الموضحة بشيء[٣].

ولأن هذه الشجاج لا قصاص فيها ، ولم يثبت فيها مقدار محدد بنص ولا قياس ولا إجماع ، فوجب الرجوع إلى الحكومة[٤].

وقد خالف في ذلك الشافعي في وجه وأحمد في رواية ، والإمامية والزيدية والإباضية ، فقالوا بأن هذه الشجاج فيها أروش مقدرة بالاجتهاد ، كما تقدرت الموضحة وما فوقها بالنص ، وجعلوا في الحارصة بعيراً واحداً ، وفي الدامية والدامعة بعيرين ، وفي الباضعة والمتلاحمة ثلاثة أبعرة ، وفي السمحاق أربعة أبعرة[٥] .

---

(١) راجع هذه الشجاج وتعريفاتها في : الهداية والعناية ونتائج الأفكار ٢٨٤/١٠ ، ٢٨٥ ، الدر المختار ورد المحتار ١٠/ ١٩١ ، تبيين الحقائق ١٣٢/٦ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٥١/٤ القوانين الفقهية ص ٣٤٤ ، المنهاج ومغني المحتاج ٣٣/٤ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمي ١٩٢/٤ ، المغنى ٦٥٨/٩ ، ٦٥٩ ، المحلى لابن حزم ٩٧/١١ ، الإقناع لابن المنذر ص ١٩٠ . أما ما بعد الموضحة من الشجاج فأربع هي : ١- الهاشمة وهي التي تهشم العظم أي تكسره ، سواء أوضحته أولا . ٢- والمنقِّلة وهي التي تنقل العظم من محل إلى آخر ، سواء أوضحته وهشمته أولا . ٣- والآمة وقد سبق تعريفها في ص ٥٢٦ ، ٤- والدامغة وهي التي خرقت خريطة الدماغ ولم تنكشف ، بل بنحو قدر مغرز إبرة ، وإلا مات – (الهداية ١٦٤٨/٤ ، ١٦٤٩ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٥٢/٤ ، القوانين الفقهية ص ٣٤٤ ، المنهاج ومغنى المحتاج ٣٤/٤ ، تبين الحقائق ١٣٢/٦ ، البدائع ٤٣٧/٧) لكن هذه الشجاج والموضحة فيها أرش مقدر ، لا حكومة كالتي قبلها .

(٢) ويلاحظ أن المالكية قيدوا وجوب الحكومة فيها بما إذا وقعت الجناية خطأ . أما لو وقعت عمداً فقد أوجبوا فيها القصاص . وبهذا أيضاً قال بعض الشافعية إلا في الحارصة ، فقد أوجبوا فيها الحكومة في العمد والخطأ . (البدائع ٤٧٧/٧ ، تبيين الحقائق ١٣٣/٦ ، القوانين الفقهية ص ٣٤٤ ، بداية المجتهد ٥٠١/٢ ، الذخيرة ٣٢٨/١٢ ، التاج والإكليل ٤/ ٣١٣ ، ٣١٤ ، الحاوي ١٣٠/١٢ ، ١٣٨ ، شرح المحلى ١٣٣/٤ ، مغنى المحتاج ٣٤/٤ ، المغنى والشرح الكبير ٩/ ٦٢٠ ، ٦٥٩ ، المقنع والإنصاف ١٠٤/١٠ .

(٣) رواه عبد الرزاق في مصنفه كتاب العقول باب الموضحة ٣٠٧/٩ (١٧٣١٦) ، وابن أبي شيبه في مصنفه كتاب الديات باب (١١) فيما دون الموضحة ٢٨٢/٦ (٤) . وانظر : الشرح الكبير والمغنى ٦٢٠/٩ ، ٦٥٩ .

(٤) البدائع ٤٧٧/٧ ، الشرح الكبير والمغنى ٦٢٠/٩ ، ٦٥٩ ، المبدع ٣/٩ ، ٤ .

(٥) الحاوي ٢٣٨/١٢ ، المبدع ٤/٩ المقنع والإنصاف ١٠٤/١٠ ، ١٠٥ ، اللمعة الدمشقية والروضة البهية ٢٦٧/١٠ وما بعدها ، شرائع الإسلام ٢٧٥/٤ ، التاج المذهب ٣٣٤/٤ ، ٣٣٥ ، الروض النضير ٢٦٠/٤ ، البحر الزخار ٢٩٣/٦ ، شرح كتاب النيل ١١٠/١٥ . ويلاحظ أن الزيدية قدروها بالمثاقيل (الدنانير) فقالوا : في الحارصة خمسة مثاقيل ، وفي الدامية اثنا عشر مثقالاً ونصف مثقال ، وفي الباضعة عشرون ، وفي المتلاحمة ثلاثون ، وفي السمحاق أربعون .

قـــالوا : لأن ذلك يروى عن زيد بن ثابت . وروى عن على رضى الله عنه في السمحاق مثل ذلك[1].

والصحيح الأول ؛ لقوة حجته ، فالمعروف أن مقادير الديات توقيفية ، لا تحدد إلا بنص أو قياس ، ولم يرد نص يحدد مقادير أروش هذه الشجاج ، كما أنها لا يمكن قياسها علـــى غيرها ، فوجب الرجوع فيها إلى حكومة العدل . أما تحديد على وزيد رضى الله عنه تعالى عنهما فهو اجتهاد منهما لا يلزم كل الحكام أن يحكموا به في كل زمان ومكان ، وإن كان لهم أن يسترشدوا به في أحكامهم ... **والله تعالى أعلم** .

وبعـد ، فهذه أمثلة للجنايات التي توجب حكومة العدل ، والتي يحق لمن أصيب بها أن يرفع دعوى بالحكومة . فإذا ما رفعت هذه الدعوى ،فبماذا يحكم القاضي ؟

ذلك ما سنعرفه إن شاء الله تعالى من خلال المطلب التالى :

✤✤✤✤✤✤

(1) ابنا قدامة الشرح الكبير والمغنى ٩/٦٢٠ ، ٦٥٩ . وقد عزياه إلى سعيد في سننه .

المطلب الثاني
الحكم في دعوى الحكومة
في الفقه الإسلامي

حين تعرض على القاضي دعوى من هذا القبيل ، فإنه يجب التفريق بين فرضين

أحدهما : أن يكون المدعى مجنيا عليه في مكان لا مقدر فيه من الدية ، كالصدر والفخذ ونحوهما .

والثاني : أن يكون مجنيا عليه في عضو له أرش مقدر ، كاليد والرجل واللسان والعين ونحوها .

وذلك لأن تقدير الحكومة في الفرض الأول ، يختلف عنه في الفرض الثاني .

وفيما يلي بيان الحكم في كلا الفرضين :

الفرض الأول : إذا كان المدعى مجنيا عليه في مكان لا مقدر فيه من الدية :

في هذا الفرض ، اتفق الفقهاء على أن طريقة تقدير الحكومة ، تكون بأن يُقَوَّم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به ، ثم يُقَوَّم وهي به بعد برئه منها فما نقصته الجناية فله مثله من الدية . فلو كانت قيمته لو كان عبداً لم يُجرح هذا الجرح مائة ، وقيمته بعد إصابته به وبرئه منه تسعون ، كان الواجب على الجاني عشر الدية ، وذلك لأن جملته مضمونة بالدية ، فأجزاؤه مضمونة منها . كما أن المبيع لما كان مضموناً على البائع بالثمن ، كان أرش عيبه مقدراً بالثمن . قال ابن قدامة – رحمه الله – : " وهذا التفسير هو قول أهل العلم كلهم ، لا نعلم بينهم فيه خلافاً . وبه قال الشافعي والعنبري وأصحاب الرأي وغيرهم[1].

لكن هذا التفسير يصعب تطبيقه في هذه الأيام التي ألغى الرق فيها من العالم ، الأمر الذي أدى إلى عدم إمكان معرفة القيم المختلفة التي على أساسها تتقدر الحكومات .

والحل الأمثل في هذه الأيام – في نظري – هو أن يترك أمر تقدير الحكومات في هذا الفرض لاجتهاد الحاكم ، فيجتهد في تقديرها بعد البرء لا قبله ، بناء على شهادة....

---

[1] المغني ٦٦١/٩ ، كذا في الشرح الكبير معه ٦٣٩/٩ . وانظر : منار السبيل ٢٣٧/٢ ، ٢٣٨ ، تبيين الحقائق ١٣٢/٦ ، ١٣٣ ، الهداية وشروحها ٢٨٨/١٠ ، الذخيرة للقرافي ٤٠٠/١٢ ، القوانين الفقهية ص ٣٤٤ ، أسهل المدارك ١٤١/٣ بداية المجتهد ٥٠٢/٢ ، مختصر خليل والتاج والإكليل ٣٣٥/٨ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٧٠/٤ ، مختصر المزني ص ٢٤٦ ، الحاوي ٣٠٢/١٢ ، شرح المحلي وحاشية القليوبي وعميرة ١٤٤/٤ ، كفاية الأخيار للحصني ٦١١/٢ ، ... الإسلام ٢٦١/٤ هامش (١) ، ٢٧٩ ، ٢٨٠ ، الروضة البهية ١٩٧/١٠ ، ٢٨٥، الإقناع لابن المنذر ص ١٩٢ .

ذَوَيْ عدل من أطباء الجراحات ، يبينان فيها مقدار الجراحة من حيث طولها وعرضها وعمقها ، ومدى تأثيرها على حياة المجني عليه أو على صحته البدنية والنفسية ، حتى يراعى الحاكم ذلك عند التقدير . ولا مانع من مراعاة ما يحتاج إليه المجني عليه من النفقة وأجرة الطبيب والأدوية إلى أن يبرأ ، ولا مانع كذلك من أن يأخذ الحاكم في حسبانه عند التقدير الضرر الأدبي الذي لحق بالمجني عليه . **والله تعالى أعلم** .

الفرض الثاني : إذا كانت الجناية على عضو له أرش مقدر :

أما إذا كانت الجناية على عضو له أرش مقدر ، كاليد والرجل والعين واللسان وما إلى ذلك . فقد اختلفت الفقهاء في طريقة تقدير الحكومة في هذا الفرض ولهم في ذلك خمسة آراء :

الرأي الأول : للإمام الكرخي الحنفي[١] والزيدية ، ويرون أن تقدير الحكومة في هذه الحالة ، يكون مبنياً على النظر في مقدار نسبة الجراحة من الجناية التي لها أرش مقدر ، فينظر ذوا عدل من أطباء الجراحات ، كم مقدار هذه الجراحة بالنسبة للعضو الذي حدثت به ، فإذا غلب في ظنهما مقدار النسبة ، جعل لها الحاكم من الأرش مقدار نسبتها . أي أن الاعتبار عند تقدير الحكومة يكون بالمقدار لا بالعبيد . فمثلاً : الموضحة لها أرش مقدر هو نصف عشر الدية ، فلو كانت الجناية شجة ، فعند تقدير حكومتها ينظر إلى نسبة هذه الشجة من الموضحة ، فإن كانت هذه النسبة هي النصف بأن غاصت إلى نصف اللحم وبقى نصفه إلى العظم ، كانت حكومة هذه الجناية نصف أرش الموضحة (ربع عشر الدية) وإن كانت الثلث كانت حكومتها ثلث أرش الموضحة ، وإن كانت الربع فالربع وهكذا . وكذا لو كانت الجناية على إصبع ، فينظر إلى نسبتها من الإصبع ، فلو كانت النصف فحكومتها نصف أرش الإصبع ، ولو كانت الثلث فثلث أرشه ولو كانت الربع فربع أرشه .. وهكذا وكذا لو كانت الجناية على السن أو اليد أو الرجل أو الأنف أو العين أو ما إلى ذلك من الأعضاء التي لها أرش مقدر[٢] .

---

(١) هو عبيد الله بن الحسين بن دلال الكرخي الحنفي ، أبو الحسن . فقيه أديب ، انتهت إليه رياسة الحنفية بالعراق . ولد في الكرخ سنة ٢٦٠هـ . توفي ببغداد سنة ٣٤٠هـ . ومن تصانيفة :" المختصر " و " شرح الجامع الكبير " وشرح الجامع الصغير " وكلها في فروع الفقه الحنفي ، ومسألة في الأشربة وتحليل نبيذ التمر . (الأعلام ١٩٣/٤ ، معجم المؤلفين ٦/ ٢٣٩) .

(٢) البدائع ٤٧٨/٧ ، الهداية ١٦٥١/٤ ، تنوير الأبصار والدر المختار ورد المحتار ١٩٢/١٠ ، ١٩٣ ، العناية مع تكملة الفتح ٢٨٨/١٠ ، تبين الحقائق ١٣٣/٦ ، الروضة الندية ٣١٢/٢ ، ٣١٣ .

الـرأي الثاني : للشافعية في المذهب والحنابلة في المذهب . ويقول : بأن تقدير الحكومـــة فـــي هـــذه الحالـــة يكون بالنسبة إلى دية النفس بعد تقويمه عبداً سليماً ومعيباً كالفـــرض الأول ، بشرط أن لا يبلغ أرش الحكومة الأرش المقدر للعضو كله . فإن بلغه وجب إنقاصه شيئاً على حسب ما يؤدى إليه الاجتهاد .

فمـثلاً ، أرش الموضحة نصف عشر الدية (خمس من الإبل) ، فلو جرحه في وجهـــه أو في رأسه سمحاقاً ، فنقصته عشر قيمته ، فمقتضى الحكومة وجوب عشر من الإبل في حين أن دية الموضحة – التي هي سمحاق وزيادة – خمس من الإبل فقط ، ففي هـــذه الحالة يجب إنقاص أرش الحكومة إلى أقل من أرش الموضحة بالاجتهاد على قدر قرب الجراحة من الموضحة أو بعدها عنها ، وعلى حسب كثرة الشين وقلته[١].

الرأي الثالث : لبعض الحنابلة . ويقول بأن تقدير الحكومة في هذه الحالة يكون بالنسبة إلى دية النفس أيضاً بعد تقويمه عبداً سليماً ومعيباً كالفرض الأول ، بشرط أن لا يزيد أرش حكومة بعض العضو عن الأرش المقدر للعضو كله[٢].

أي أن الفـــارق بيـــن هذا الرأي وسابقه يكمن في جواز بلوغ أرش حكومة بعض العضـــو الأرش المقـــدر للعضو كله . فعلى الرأي السابق ، لا يجوز ذلك ، أما على هذا الرأي فيجوز .

وعليه ففي المثال السابق ، يجب إنقاص أرش الحكومة (العشر من الإبل) إلى الأرش المقدر للموضحة (خمس من الإبل) .

الرأي الرابع : للمالكية ، ويقول بأن التقدير في هذه الحالة يكون بالنسبة إلى دية الـــنفس كذلـــك بعد تقويمه عبداً سليماً ومعيباً ، ويجب ما تخرجه الحكومة كائناً ما كان ، بشـــرط أن تـــبرأ الجـــناية على شين . ففي المثال السابق ، يجب العشر من الإبل كلها ، بغض النظر عن دية الموضحة المقدرة[٣] .

---

[١] المختصر ص ٢٤٦ ، روضة الطالبين ٣٠٨/٩ ، الحاوي ٣٠٣/٢ ، ٣٠٦ ، مغني المحتاج ٩٥/٤ ، كفاية الأخيـــار ٦١١/٢ ، المقنع والشرح الكبير ٦٣٩/٩ ، ٦٤٠ ، والإنصاف ١١٣/١٠ ، المحرر ١٤٤/٢ ، المغني ٦٦٢/٩ ، ٦٦٣ ، المبدع ١٣/٩ ، ١٤ ، الكافي ٩٤/٤ .

[٢] الشرح الكبير والمغني ٦٣٩/٩ ، ٦٤٠ ، ٦٦٢ ، ٦٦٣ ، الإنصاف ١١٣/١٠ ، المبدع ١٤/٩ المحرر ١٤٤/٢ .

[٣] الذخـــيرة ٤٠٠/١٢ ، مختصر خليل والتاج والإكليل ٣٣٥/٨ ، ٣٣٧ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٦٩/٤ ، وما بعدها ، بداية المجتهد ٥٠٢/٢ ، القوانين الفقهية ص ٣٤٤ .

الرأي الخامس : لبعض الشافعية ، يقول بأن التقدير في هذه الحالة يكون بالنسبة إلى عضو الجناية لا إلى دية النفس بعد تقويمه كذلك عبداً سليماً ومعيباً . فلو كان تقدير الحكومة عشر قيمة المجني عليه لو كان عبداً ، وكانت الجناية على اليد مثلاً ، كان الواجب عشر دية اليد لا عشر دية النفس ، ولو كانت الجناية على إصبع ، كان الواجب عشر دية الإصبع . ولو كانت على الرأس فيما دون الموضحة ، كان الواجب عشر دية الموضحة . ولو كانت على الجسد فيما دون الجائفة ، كان الواجب عشر دية الجائفة وهكذا[١] ....

الأدلة والمناقشات :

أدلة الرأي الأول :

استدل الإمام الكرخي والزيدية على ما ذهبوا إليه من أن تقدير الحكومة يكون بالنسبة إلى أقرب الجنايات التي لها أرش مقدر ، بأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه ، وهذه الجنايات لا نص فيها يبين مقادير دياتها ، فوجب إرجاعها إلى أقرب الجنايات إليها والتي وردت نصوص فيها تبين مقادير دياتها[٢].

كما استدل بأن الإمام علياً كرم الله وجهه ورضى عنه قد اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ، ولم يعتبر بالعبيد[٣] ، فقد روى عنه رضى الله عنه أنه قسم الدية على الحروف ، فما قدر عليه من الحروف أسقط بحسابه من الدية ، وما لم يقدر عليه ألزمه بحسابه منها[٤].

أدلة الرأي الثاني : استدل أصحاب الرأي الثاني على أن تقدير الحكومة في هذه الحالة يكون بالنسبة إلى دية النفس بعد تقويمه عبداً سليما ومعيباً بنفس الدليل الذي استدل به الفقهاء على الحكم في الفرض الأول ، حيث لا فرق عند هؤلاء بين الفرضين . أما اشتراطهم أن لا يبلغ أرش الحكومة الأرش المقدر للعضو كله ، فالدافع إليه هو المنع

---

(١) الحاوي الكبير ٣٠٢/١٢ ، مغنى المحتاج ٩٥/٤ ، شرح المحلى وحاشية عميرة ١٤٤/٤ ، روضة الطالبين ٣٠٨/٩ .

(٢) تبين الحقائق ١٣٣/٦ ، حاشية ابن عابدين ١٩٣/١٠ .

(٣) تبين الحقائق ١٣٣/٦ ، العناية ٢٨٨/١٠ .

(٤) وعدد الحروف التي تتعلق باللسان ثمانية عشر وهى التاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاى والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء والقاف والكاف واللام والنون والياء . وقد عدها البعض ستة عشر حرفاً بإسقاط القاف والكاف (تبين الحقائق ١٦٩/٦ ، العناية وتكملة الفتح ٢٨٠/١٠ ، رد المحتار ١٨٦/١٠ ، كفاية المريد في علم التجويد للشيخ محمود حافظ برانق ص ٢٢ وما بعدها – وزارة الأوقاف – الإدارة العامة لمراكز الثقافة الإسلامية سنة ١٤٢١هـ – ٢٠٠٠م ، المصنف لعبد الرزاق ٩/ ٣٥٧ (١٧٥٥٦) . فعلى القول الأول ، يكون في كل حرف خمسة وخمسون ديناراً وخمسة أتساع دينار من الذهب ، ومن الدراهم خمسمائة وخمسة وخمسون وخمسة أتساع ، وعلى القول الثاني يكون في كل حرف من الذهب اثنان وستون ديناراً ونصف دينار ، ومن الفضة ستمائة وخمسة وعشرون درهماً . (رد المحتار ١٨٦/١٠) .

من أن يجب في بعض الجنايات التي لها أرش مقدر ، أكثر أو مثل ما يجب في جميعها ؛ لأن ما نقص عن المقدر ، لم يجز أن يجب فيه ما يجب في المقدر ، لأنه يفضي إلى تفاضل الجنايات وتساوي الديات . وهذا ممتنع[1].

وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه لا يمتنع أن يجب في البعض ما يجب في الكل ، بدليل وجوب دية الأصابع مثل دية اليد كلها ، ووجوب دية حشفة الذكر مثل ديته كله[2].

دليل الرأي الثالث :

استدل أصحاب الرأي الثالث على وجوب إنقاص أرش الحكومة إلى الأرش المقدر للعضو كله إن كان زائداً عنه ، بأن هذه الزيادة تبين أن التقدير مخالف للنص أو تنبيه النص ، فإن النص قد ورد بأن في الموضحة – مثلاً – خمساً من الإبل ، والموضحة سمحاق وزيادة ، والضرر فيها أكثر والشين أعظم ، والمحل واحد . فإذا لم يزد أرش الموضحة على خمس كان ذلك تنبيهاً على أن لا يزيد ما دونها عليها . أما عدم جواز الانقاص لأقل من ذلك ؛ فلأن ما يثبت بالتنبيه يجوز أن يساوي المنصوص عليه في الحكم ولا يلزم أن يزيد عليه ، كما أنه نص على وجوب فدية الأذى في حق المعذور[3] ، ولم تلزم زيادتها في حق من لا عذر له[4].

دليل الرأي الرابع :

استدل المالكية على وجوب ما تخرجه الحكومة كائناً ما كان ، بأن هذه الجراحة لا مقدر فيها ، فوجب ما نقص ، كما لو كانت في سائر البدن[5].

---

(1) الحاوي ٣٠٣/١٢ ، ٣٠٦ وما بعدها ، مغني المحتاج ٩٥/٤ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمي ٢٣٤/٤ ، المغني والشرح الكبير ٦٣٩/٩ ، ٦٤٠ ، ٦٦٢ ، ٦٦٣ ، المبدع ١٣/٩ ، ١٤ ، الكافي ٩٤/٤ .

(2) المغني والشرح الكبير ٦٣٩/٩ ، ٦٤٠ ، ٦٦٢ ، ٦٦٣، ٦٦٤ .

(3) بقوله تعالى : ﴿ **فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك** ﴾ (من الآية ١٩٦ من سورة البقرة) أي من كان محرماً وآذاه شعر رأسه ، لمرض أو هوام في رأسه ، فلا بأس أن يحلق رأسه ، وعليه حينئذ أن يفدي عن ذلك بصيام ثلاثة أيام أو التصدق على ستة مساكين بقوت يوم ، أو ذبح شاة والتصدق بها على الفقراء والمساكين . وهو مخير في فعل أي منها . (المنتخب في تفسير القرآن الكريم ص ٤٥ ، تفسير ابن كثير ٢٣٢/١ ، ٢٣٣) .

(4) وهذا ما عليه جمهور الفقهاء : المالكية والشافعية والحنابلة في ظاهر المذهب ، فالفدية عندهم إحدى هذه الثلاثة – الصيام أو التصدق أو ذبح شاة – على التخيير ، سواء كان الحالق معذوراً أو غير معذور ، لأن النص إن كان قد ورد في حق المعذور فقد ثبت الحكم في غير المعذور بطريق التنبيه تبعاً له ، والتبع لا يخالف الأصل . بينما ذهب الحنفية والإمام أحمد في رواية إلى أن من حلق لغير عذر عليه الدم من غير تخيير ، لأن الله تعالى خير بشرط العذر ، فإذا عدم الشرط وجب زوال التخيير . (راجع : الهداية ٤٠٢/١ ، ٤٠٥ ، ٤٠٦ ، أسهل المدارك ٤٨٢/١ ، بداية المجتهد ٤٨٤/١ ، مغني المحتاج ٧٠١/١ ، ٧٠٢ ، فتح الوهابوالبجيرمي ١٩٩/٢ ، المغني ٥٢٦/٣) .

(5) المغني والشرح الكبير ٦٤٠/٩ ، ٦٦٢ .

ونوقش هذا بأنه مخالف للنص ولمفهوم النص كما هو واضح من استدلال أصحاب الرأي الثالث .

دليل الرأي الخامس:

استدل أصحاب الرأي الخامس على أن التقدير يكون بالنسبة إلى عضو الجناية لا إلى دية النفس ، بأن التقدير لو كان بالنسبة إلى دية النفس لأدى ذلك إلى بلوغ أرش بعض العضو الأرش المقدر للعضو كله ، أو زيادته عليه ، فتحاشياً لذلك وجب العمل بهذا الرأي[1].

وقد نوقش هذا أيضاً بأنه ضعيف ، وبيان ضعفه من وجهين :

أحدهما : أنه لما كان التقويم للنفس دون العضو ، وجب أن يكون النقص معتبراً من دية النفس دون العضو .

والثاني : أنه قد تقارب جناية الحكومة جناية المقدر ، كالسمحاق مع الموضحة ، فلو اعتبر النقص من دية الموضحة ، لَبَعُدَ ما بين الأرشين مع قرب ما بين الجنايتين[2].

الرأي المختار :

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات في الحكم لو كانت الجناية على عضو له أرش مقدر ، يبدو لي أن الراجح منها هو الرأي الأول الذي قال به الإمام الكرخي الحنفي والزيدية والذي يرى أن تقدير الأرش في هذه الحالة يكون بالنسبة إلى أقرب الجنايات التي لها أرش مقدر ، وذلك لقوة حجته ورجحانها ، وضعف حجج الآراء الأخرى .

ولما روي عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه في كتاب له عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : في اللسان إذا استؤصل الدية كاملة ، وما أصيب من اللسان فبلغ أن يمنع الكلام ، ففيه الدية كاملة ، وما كان دون ذلك فبحسابه[3] .

ولأنه يعتبر أقرب الآراء إلى العدالة ، وأقدرها على تحقيقها ، وصدق فيه قول القائل : " فهذا أقرب المسالك إلى الحق ومطابقة العدل ، وموافقة الشرع[4] "

---

(١) الحاوي الكبير ١٢/٣٠٢ .

(٢) الحاوي الكبير ١٢/٣٠٢ .

(٣) رواه ابن أبي شيبة رواه ابن أبي شيبة في مصنفه كتاب الديات باب (٣٠) اللسان ما فيه إذا أصيب ٦/ ٢٩٨ (١٣) . وروى نحو ذلك عن مجاهد والثوري وابن أبي نجيح . (راجع : المرجع السابق ٦/ ٢٩٧ (٦) ، المصنف لعبد الرزاق كتاب العقول باب اللسان ٩/٣٥٧ (١٧٥٥٥ ، ١٧٥٥٦ ، ١٧٥٥٧ ، ١٧٥٥٨) ، والمحلى بالآثار لابن حزم ١١/٦٧) .

(٤) أبو الطيب القنوجي البخاري في الروضة الندية ٢/٣١٢ .

ولأنــه أنســب الآراء وأصلحها للتطبيق ، خاصة فى هذا العصر الذى ألغى فيه الـــرق من العالم ، وأصبحت معرفة القيم المختلفة للعبيد فيه أمراً عسيراً ، مما يؤدى إلى وقـــوع المقوميـــن فـــي حرج شديد ومشقة بالغة عند تطبيق أى من الآراء السابقة ، لأن مدارهـــا كلهـــا على تقويم المجنى عليه كأنه عبد أولاً أما تطبيق هذا الرأي ، فلا يحتاج لذلك ، لأنه ينظر إلى مقدار الجناية من أقل جناية لها أرش مقدر ، ويحكم للمجني عليه بنسبة ذلك من أرش الجناية المقدرة ، وهذا أمر سهل ميسور ولا يحتاج إلى كبير عناء . ومن هنا كان العمل به أولى وكان هو الراجح – في نظري – **والله تعالى أعلم** .

وقت إصدار هذا الحكم :

تقديـــر الحكومة والحكم بها لا يكون فور وقوع الجريمة المستوجبة لها ، أو فور رفع الدعوى بها – إذا رفعت عقب وقوع الجريمة مباشرة – وإنما يجب أن يتأنى به إلى أن يـــندمل الجـــرح ويبرأ المجني عليه منه ، وقد اتفق الفقهاء على ذلك[1] ، قياساً على القصاص، **فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه**[2] **. وخوفاً من أن**

---

(١) تنوير الأبصار ورد المحتار ١٠/١٩٧ ، ١٩٨ ، الهداية ٤/١٦٥٥ ، ١٦٥٧ ، مختصر خليل والتاج والإكليل ٨/٣٣٥ ، الشـــرح الكـــبير وحاشية الدسوقى ٤/٢٧٠ ، المنهاج ومغنى المحتاج ٤/٩٥ ، ٩٦ ، كفاية الأخيار للحصنى ٢/٦١١ ، المغنى والشرح الكبير ٩/٦٤١ ، ٦٤٤ ، منار السبيل ٢/٢٣٨ ، زاد المعاد لابن القيم ٤/٩، ١٠ ، نيل الأوطار ٧/٢٨ .

(٢) رواه الأئمـــة أحمد والدار قطني والبيهقى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً طعن رجلاً بقرن في ركبته ، فجـــاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أقدني . فقال : " حتى تبرأ ". ثم جاء إليه ، فقال : أقدني . فأقادة ، ثم جاء إليه فقال : يا رسول الله عرجت . قال : " **قد نهيتك فعصيتني فأبعدك الله وبطل عرجك " ثم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبة** " . قال الألباني : صحيح ورجاله ثقـــات " (المسند للإمام أحمد ٢/ ٢١٧ ، سنن الدار قطني كتاب الحدود والديات وغيره ٣/٨٨ (٢٤) ، السنن الكبرى للبـــيهقى كـــتاب الجنايات باب ما جاء في الاستثناء بالقصاص من الجرح والقطع ٨/٦٧ ، ٦٨ ، إرواء الغليل للألباني ٧/ ٢٩٨) .

تســـرى الجـــراحة إلى النفس ، فيكون الواجب القصاص أو الدية – بحسب ما إذا كانت الجـــناية عمداً أو خطأ – أو تسرى إلى ما يكون واجبه مقدراًفيكون ذلك هو الواجب لا الحكومة[١].

وهل للحاكم بعد ذلك أن يعزر الجاني بحبس ونحوه ؟

انفرد المالكية وحدهم بتقرير ذلك فقالوا بأن " على الجاني الأدب في العمد ، ولا شئ عليه في الخطأ "[٢].

بيــنما ذهب الجمهور – بحق – إلى أنه ليس للإمام ذلك ، إذ التعزير يكون على ارتكاب جناية لا حد فيها ولا قصاص ولا دية ، سواء كانت على حق الله تعالى ، كترك الصلاة والصوم ونحو ذلك ، أو على حق العبد ، بأن آذى مسلماً بغير حق بفعل أو بقول يحــتمل الصـــدق والكذب ، بأن قال له : يا خبيث ، يا فاسق ، يا فاجر يا كافر ، يا آكل الربا ، يا شارب الخمر ونحو ذلك[٣]. أما إذا ارتكب الجاني جناية فيها حد أو قصاص أو دية ، فإن ذلك يغنى عن أي عقوبة أخرى ، لأن هذه العقوبات هي التي وردت في الشرع ، ولم يرد في الشرع ما يخول الحاكم إضافة عقوبات أخرى إليها ، ولو احتاج الأمر إلى عقوبات أخرى ، لنص عليها الشرع الحنيف ، وحاشا لله أن يكون تشريعه ناقصاً محتاجاً إلى اجتهاد من الحاكم لإكماله بدون تفويض منه سبحانه[٤]:﴿ **وما كان ربك نسياً** ﴾[٥].

******

---

[١] الشـــرح الكبير للدَّر دير ٢٧٠/٤، الشرح الصغير للدر دير ٨٠/٦ مطبعة عيسى البابي الحلبي ، شرح منح الجليل ٤/ ٣٨٤ ، مغنى المحتاج ٩٦/٤ حاشية عميرة على المحلى ١٤٤/٤ ، زاد المعاد ٩/٤ ، ١٠ .

[٢] كمـــا قالوا بأن على القاتل عمداً جلد مائة وحبس سنة إذا عفا ولى الدم عنه ، أو سقط القصاص لعدم التكافؤ ، سواء كـــان المقـــتول ذكراً أو أنثى ، حراً أو عبـيداً مسلماً أو ذمياً أو مجو سياً ؛ لأنه سفك دم محرم فوجب به الجلد والسجن . (الشرح الكبير للدر دير ٢٧٠/٤ ، ٢٨٧ ، التاج والإكليل ٣٥٢/٨ ، بداية المجتهد ٤٨١/٢) .

[٣] البدائع ٩٤/٧ ، مغنى المحتاج ٢٣٨/٤ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٣١٨/٤ ، المغنى والشرح الكبير ٣٤٢/١٠ ، ٣٤٣ ، المقنع والإنصاف ٢١٦/١٠ ، زاد المعاد ١٠/٤ ، الدرر البهية والروضة الندية ٢٨٥/٢ .

[٤] بداية المجتهد ٤٨١/٢ ، زاد المعاد لابن القيم ١٠/٤ .

[٥] من الآية ٦٤ من سورة مريم .

المطلب الثالث
موقف القانون الوضعي
من دعوى الحكومة والحكم فيها

إذا كنا قد عرفنا أن دعوى الحكومة تكون في الجنايات على ما دون النفس والتي لا قصاص فيها ولا أرش مقدر .

وعرفنا أن الجنايات على ما دون النفس التي لا قصاص فيها ، هي الجنايات التي افتقدت فيها المماثلة بين محل الجناية ونظيره من الجاني في المنافع ، أو وجدت هذه المماثلة ولكن استحيل استيفاء المثل من الجاني في القصاص من غير حيف أو نقصان .

وأن الجنايات التي لا أرش فيها مقدر هي التي لم يرد في الشرع تقدير أرش معين لها .

وانتهينا إلى أن الحكم في هذه الدعوى يتوقف على تحديد محل الجناية ، فإذا كان محلها لا مقدار فيه من الدية كالصدر والفخذ ونحوهما ، كان تقدير الحكومة خاضعاً لاجتهاد القاضي . وإذا كان محلها له أرش مقدر كاليد والرجل والعين ، كان تقديرها – وفقاً للرأي الراجح – مبنياً على النظر في مقدار نسبة الجراحة من الجناية التي لها أرش مقدر .

فإن قانون الإجراءات الجنائية المصري ، لم ينص على هذه الدعوى .

ولكن الجرائم التي تُمَكِّن من وقعت عليه من رفعها في الفقه الإسلامي ، تعد في قانون العقوبات المصري من جرائم الاعتداء العمدى على سلامة الجسد ، وهى جرائم الضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة .

وهى من الجرائم التي يتولد عنها حقان محميان بدعويين : حق للمجتمع في توقيع عقوبة على فاعلها وتحميه الدعوى الجنائية، وحق للمضرور في تعويض الضرر وتحميه الدعوى المدنية .

فالدعوى الجنائية تعنى أن تطالب النيابة العامة القضاء بتوقيع العقاب على المتهم ، أي أن النيابة العامة هي المختصة بتحريكها ، بوصفها الممثلة للمجتمع .

وتشاركها في تحريكها عدة جهات أخرى ، كمحكمة الجنايات ومحكمة النقض .

وذلك في الأحوال الخاصة التي بنيتها المواد ١١[١] و ....

---

[١] ونصها : " إذا رأت محكمة الجنايات في دعوى مرفوعة أمامها ، أن هناك متهمين غير من أقيمت الدعوى عليهم ، أو وقائع أخرى غير المسندة فيها إليهم ، أو أن هناك جناية أو جنحة مرتبطة بالتهمة المفروضة عليها ، فلها أن تقيم الدعوى

١٢[١] و ١٣[٢] إجــراءات . كمـــا أن للحاكم الحق في تحريك هذه الدعوى ، فيما يتعلق بالجرائم التي تقع في الجلسات . وكذلك من حق المضرور أن يحرك هذه الدعوى ، عن طريق الالتجاء إلى الادعاء المباشر في الجرائم المعدودة من قبيل الجنح والمخالفات .

على أنه إذا كان لهذه الجهات أن تشارك النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية ، إلا أنـــه بعـــد ذلك لا يملك الحق في متابعة السير في هذه الدعوى وحتى يصدر الحكم الـــبات فيها إلا النيابة العامة وحدها دون غيرها ؛ وذلك لأنها الخصم الوحيد في الدعوى الجنائية للمتهم ،حتى لو كانت قد تحركت من غيرها،لأنها هي الممثلة للمجتمع[٣].

وقـــد حـــدد قـــانون العقوبـات المصـــري العقوبـــات التي يجب الحكم بها في هذه الدعـــوى . وهى عقوبات تختلف باختلاف نوع الجريمة . فإنه لما تناول جرائم الضرب والجـــرح وإعطاء المواد الضارة ، جعلها في بعض الأحوال جنايات[٤]، وبعضها الآخر جنحاً[٥] ، معتداً في هذا بجسامة النتيجة أو بتعدد الجناة ووسيلة الإيذاء ، أو بصفة المجني عليه . وهذه الجرائم هي :

جرائم الجرح أو الضرب أو إعطاء المواد الضارة المفضي إلى الموت[٦].

= على هؤلاء الأشخاص ، أو بالنسبة لهذه الوقائع ، وتحيلها إلى النيابة العامة ، لتحقيقها والتصرف فيها طبقاً للباب الرابع من الكتاب الأول من هذا القانون ...." .

[١] ونصها : " للدائرة الجنائية بمحكمة النقض عند نظر الموضوع ، بناء على الطعن في المرة الثانية حق إقامة الدعوى طبقاً لما هو مقرر بالمادة السابقة " .

[٢] ونصها : " لمحكمة الجنايات أو محكمة النقض في حالة نظر الموضوع ، إذا وقعت أفعال من شأنها الإخلال بأوامرها ، أو بالاحـــترام الواجب لها ، أو التأثير في قضائها ، أو في الشهود ، وكان ذلك في صدد دعوى منظورة أمامها أن تقيم الدعوى الجنائية على المتهم ، طبقاً للمادة ١١ " .

[٣] د. ســـامح السيد جاد – الإجراءات الجنائية في القانون المصري ص ٢٧ ، ٢٩ ط سنة ١٤٠٩هـــ – ١٩٨٩م ، د. مـــأمون محمـــد سلامة – الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ١/١٧٧ ، ١٧٨ ط دار النهضة العربية – القاهرة سنة ٢٠٠٠م .

[٤] الجـــنايات ورد تعـــريفها في المادة ١٠ عقوبات بأنها : " الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام والأشغال الشاقة بنوعيها – المؤبدة والمؤقتة والسجن " .

[٥] والجـــنح ورد تعريفها في المادة ١١ عقوبات بأنها : " الجرائم التي يعاقب عليها بالحبس أو الغرامة التي يتجاوز مقدارها مائة جنيه مصري " .

[٦] وقـــد نصـــت على هذه الجريمة وعلى عقوبتها المادة ٢٣٦ ع ، حيث قالت : " كل من جرح أو ضرب أحداً عمداً أو أعطاه مواد ضارة ، ولم يقصد من ذلك قتلاً ، ولكنه أفضى إلى الموت ، يعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاثة سنوات إلى سبع . وأما إذا سبق ذلك إصرار أو ترصد ، فتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن " .

وجرائم الجرح أو الضرب المفضي إلى عاهة مستديمة[١]

وجرائم الجرح أو الضرب المفضي إلى العجز عن الأشغال الشخصية مدة تزيد على عشرين يوماً [٢]. وكذلك المعجز عن الأشغال الشخصية مدة لا تزيد على عشرين يوماً[٣].

وجرائم الجرح والضرب الذي يحصل من عصبة أو تجمهر[٤].

وأخيراً الاعتداء على جرحى الحرب[٥].

وبطبيعة الحال فإن هذه الدعوى لا تعتبر دعوى بمجهول ، لأن ما يجب الحكم به فيها واضح ومبين في القانون . والنيابة العامة في تحريكها لها تطالب بتطبيق مواد الاتهام ، وهي واضحة ومعروفة ، ولا تحتاج إلى اجتهاد من القاضي[٦]

---

[١] وقد نصت على هذه الجريمة وبينت عقوبتها المادة ٢٤٠ ع فقالت :" كل من أحدث بغيره جرحاً أو ضرباً نشأ عنه قطع أو انفصال عضو أو فقد منفعة ، أو نشأ عنه كف البصر ، أو فقد إحدى العينين ، أو نشأت عنه أية عاهة مستديمة يستحيل برؤها ، يعاقب بالسجن من ثلاث سنين إلى خمس سنين . أما إذا كان الضرب أو الجرح صادراً عن سبق إصرار أو ترصد أو تربص ، فيحكم بالأشغال الشاقة من ثلاث سنين إلى عشر سنين " .

[٢] وقد نصت على هذه الجريمة وبينت عقوبتها المادة ٢٤١ ع فقالت : " كل من أحدث بغيره جروحاً أو ضربات نشأ عنها مرض أو عجز عن الأشغال الشخصية مدة تزيد على عشرين يوماً ، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ، أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيهاً مصرياً . أما إذا كان الضرب أو الجرح صادراً عن سبق إصرار أو ترصد ، فتكون العقوبة الحبس "

[٣] وقد نصت على هذه الجريمة وعلى عقوبتها المادة ٢٤٢ ع حيث قالت : " إذا لم يبلغ الضرب أو الجرح درجة الجسامة المنصوص عليها في المادتين السابقتين ، يعاقب فاعله بالحبس مدة لا تزيد على سنة ، أو بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز خمسين جنيهاً مصرياً . فإذا كان صادراً عن سبق إصرار أو ترصد ، تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين أو غرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز مائة جنيه مصري . وإذا حصل الضرب أو الجرح باستعمال أية أسلحة أو عصي أو آلات أو أدوات أخرى ، تكون العقوبة الحبس " .

[٤] وقد نصت على هذه الجريمة وبينت عقوبتها المادة ٢٤٣ ع فقالت : " إذا حصل الضرب أو الجرح المذكوران في مادتي ٢٤١ ، ٢٤٢ بواسطة استعمال أسلحة أو عصي أو آلات أخرى من واحد أو أكثر ضمن عصبة أو تجمهر مؤلف من خمسة أشخاص على الأقل ، توافقوا على التعدي أو الإيذاء ، فتكون العقوبة الحبس " .

[٥] وقد نصت على هذه الجريمة وعلى عقوبتها المادة ٢٥١ مكرراً فقالت : " إذا ارتكبت الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل أثناء الحرب على الجرحى حتى من الأعداء ، فيعاقب مرتكبها بنفس العقوبة المقررة لما يرتكب من هذه الجرائم بسبق الإصرار والترصد " .

[٦] راجع في تفصيل هذه الجرائم وأحكامها :" د. محمود نجيب حسني – الموجز في شرح قانون العقوبات – القسم الخاص ص ٣٤٣ وما بعدها ط دار النهضة العربية – القاهرة سنة ١٩٩٣ ، د. عوض محمد – جرائم الأشخاص والأموال ص ١٣٣ وما بعدها ط دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية سنة ١٩٨٤ ، د. رمسيس بهنام – القسم الخاص في قانون

أما الدعوى المدنية الناشئة عن هذه الجرائم ، فتعني مطالبة الشخص المضرور من الجريمة الجنائية بتعويض ما لحقه من ضرر .

أي أن موضوعها هو طلب تعويض لجبر الضرر المترتب على الجريمة[١].

وهذه الدعوى يمكن رفعها أمام القاضي المدني المختص أصلاً بنظرها ، أو أمام القاضي الجنائي ، ليفصل فيها بالتبعية للدعوى الجنائية ، حسب ما يرى المضرور أن مصلحته في أي من الجهتين[٢].

وقد نصت المادة ٢٥١ إجراءات على ذلك بقولها :" لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوق مدنية أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الجنائية في أية حالة كانت عليها الدعوى ...."[٣].

وسواء رفع المضرور دعواه المدنية أمام القضاء الجنائي أو أمام القضاء المدني ،

=العقوبات ص ٢٨١ وما بعدها – منشأة المعارف – الإسكندرية سنة ١٩٨٢ ، د. جميل عبد الباقي الصغير – قانون العقوبات – جرائم الدم – ص ١٨٢ وما بعدها ط دار النهضة العربية – القاهرة – سنة ١٩٩٧ ، د. جودة حسين جهاد – القسم الخاص في قانون العقوبات – جرائم الأشخاص ص ١٠٤ وما بعدها سنة ١٤٠٧هـ – ١٩٨٧م .

[١] شرح قانون الإجراءات الجنائية د. محمد عيد الغريب ٣٣٣/١ ط ٢ سنة ١٩٩٦ – ١٩٩٧ ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري د. مأمون سلامة ٣٥٧/١ .

[٢] د. سامح السيد جاد – الإجراءات الجنائية في القانون المصري ص ١٣٤ ، د. محمد عيد الغريب – شرح قانون الإجراءات الجنائية ٣٣٣/١ ، د. رأفت عبد الفتاح حلاوة – الادعاء المدني أمام القاضي الجنائي – بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بدمنهور – العدد ١٦ سنة ١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م ١١٥٥/١ ، ١١٧٠ ، د. زؤوف عبيد – المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية ٨٠٣/١ ط دار الفكر العربي سنة ١٩٨٠ .

[٣] إلا أن حرية المضرور في اختيار الجهة القضائية التي يرفع أمامها هذه الدعوى ليست مطلقة ، وإنما هي مقيدة بعدة قيود مجملها : أ- أن تكون الدعوى الجنائية قد تحركت أمام القضاء الجنائي تحركاً صحيحاً عن طريق النيابة العامة أو الجهات المشاركة لها السابق بيانها . ب- ألا تكون الدعوى الجنائية قد انقضت لسبب من أسباب انقضائها ، كوفاة المتهم ، أو مضي المدة ، أو العفو الشامل ، أو الحكم البات ، قبل أن ترفع الدعوى الجنائية . جـ – أن تكون المحكمة الجنائية مختصة بنظر الدعوى الجنائية. د. أن تكون المحكمة الجنائية محكمة عادية لا استثنائية، كمحاكم أمن الدولة ، والمحاكم العسكرية ، ومحاكم الأحداث . هـ – أن لا يكون المضرور قد سلك الطريق المدني . فإذا توافرت هذه القيود ، كان للمضرور حق الخيار بين أي من الجهتين القضائيين للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء الجريمة . وإلا بأن انعدم واحد منها ، سقط حق المضرور في اللجوء إلى القضاء الجنائي بدعواه المدنية ، ولم يعد أمامه إلا القضاء المدني (راجع في هذه الشروط وتفصيلاها :د. سامح السيد جاد – الإجراءات الجنائية في القانون المصري ص ١٣٦ وما بعدها ، د. مأمون سلامة – الإجراءات الجنائية ٤٠٦/١ وما بعدها ، د. محمد عيد الغريب – شرح قانون الإجراءات الجنائية ٤٠٤/١ وما بعدها ، د. رأفت حلاوة – الادعاء المدني أمام القاضي الجنائي ، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بدمنهور – العدد١٦ ١٢٠٣/١ وما بعدها).

فإنه يجب على المحكمة – إذا توافرت أركان الجريمة وشروط الدعوى – أن تقضي له بتعويض عما أصابه من ضرر . والتعويض في هذه القضية يأخذ صورتين :

إحدهما : التعويض المادي أو الأدبي . والأخرى : المصاريف القضائية . وفيما يلي بيان هاتين الصورتين :

الصورة الأولى : التعويض المادي أو الأدبي :

يقصد بالتعويض المادي : حق المضرور في الحصول على مبلغ من المال ، مقابل ما أصابه من ضرر من جراء الجريمة .

وتقدير هذا التعويض يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع . وهى تقدره بناء على جسامة الضرر وفى حدود التعويض الذي يطلبه المدعى . فليست المحكمة ملزمة بإجابة المدعى المدني إلى المبلغ الذي طلبه ، فلها أن تنزل عنه.إذا رأت أن عناصر الضرر وجسامته لا ترقى إلى المبلغ المطلوب . وفى نفس الوقت ، ليس لها أن تزيد عن المبلغ المطلوب في الدعوى وإن تبدى لها أن عناصر الضرر وجسامته تفوق بكثير المبلغ المطلوب . وإلا كان حكمها معيباً ، باعتبار أنها بذلك تكون قد تجاوزت ما طلبه الخصوم ، ولكن لها إدخال ما تراه من عناصر لتحديد قيمة التعويض . كما لو أدخل القضاء عند حكمه بقيمة التعويض مقدار ما أصاب المضرور من آلام مادية أو أدبية وما أنفقه من مصاريف العلاج[1]. وقد قضى بأنه : "متى كان الحكم المطعون فيه قد عرض لكافة العناصر المكونة للضرر قانوناً ، والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض ، ثم انتهى إلى تقدير ما يستحقه الطاعن من تعويض عن الضررين المادي والأدبى ، فلا يعيبه إدماجهما معاً وتقدير التعويض عنهما جملة[2].

وتقدير محكمة الموضوع لقيمة التعويض خاضع لها دون رقابة عليها من محكمة النقض . وهذا ما استقر عليه الأمر فقها وقضاءً [3].

---

[1] د. مأمون سلامة – الإجراءات الجنائية ٣٧٩/١ ، د. سامح جاد – الإجراءات الجنائية ص ١١٨ ، ١١٩ د. محمد عيد الغريب – شرح قانون الإجراءات الجنائية ٣٣٣/١ ، ٣٣٤ ، د. رؤوف عبيد – المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية ٨٤٧/١ وما بعدها .

[2] نقض جنائي ٢٧/ ١١ / ١٩٧٦ – الطعن رقم ٦٦٩ لسنة ٤٠ق . (موسوعة دائرة المعارف القانونية للأستاذ ياسر نصار ٦٨٨/٤) .

[3] راجع : الأحكام الواردة في موسوعة دائرة المعارف القانونية للأستاذ ياسر محمود نصار ٦٥١/٤ وما بعدها – إصدار المجموعة الدولية للمحاماة سنة ١٩٩٨ ومنها : نقض ١٥/١٢/ ١٩٤٩ طعن رقم ٤٧ لسنة ٥١ ق ، نقض ١٩/٤/ ١٩٥١ طعن رقم ١٧٠ لسنة ١٨ ق ، طعن رقم ١٥٢ لسنة ١٩ق ، نقض ٦/١١/١٩٥٨ طعن رقم ٢١٥ لسنة ٢٤ ق

اللهــم إلا إذا أدخلت محكمة الموضوع في تقديرها ما لا شأن له بمقتضى القانون ، مثل جسامة الخطأ ، أو يسار المسئول عنه ، فهنا تتدخل محكمة النقض وتستبعد من التعويض المحكــوم بــه ما ترى أن محكمة الموضوع قد أدخلته على ذلك الأساس الخاطئ[(١)] وقد قضـــى بأنه :" من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن تكييف الفعل أو الـــترك المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ ، أو نفى هذا الوصف عنه ، من مسائل القـــانون التي يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض ، ومن المقرر كذلك أن استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، وتقدير مدى جسامة الخطأ ، من مســـائل الواقع التي يقدرها قاضي الموضوع ، إلا أن لمحكمة النقض أن تبسط رقابتها ، متى كان استخلاصه غير سائغ " [(٢)].

الصورة الثانية : المصاريف القضائية :

يقصد بالمصاريف القضائية : تلك التي تحملها المدعى المدني بسبب رفع دعواه المؤسسة على الجريمة المنسوبة إلى المتهم[(٣)].

وهذه المصاريف يدفعها المدعى مقدماً ، طبقاً لنص المادة ٢٥٦ إجراءات جنائية ،حيث أوجبت " على المدعى بالحقوق المدنية أن يدفع الرسوم القضائية ، وعليه أن يودع

=، نقض ١٩٥٨/١١/١٣ طعن رقم ٢٣٠ لسنة ٢٤ ق ، نقض ٢٥ /١٩٥٩/٦ طعن رقم ٦٢ لسنة ٢٥ ق ، نقض ٩/ ١٩٦٣/٥ طعن رقم ١٢٣ لسنة ٢٨ ق ، نقض ١٩٦٣/٤/٢٤ طعن رقم ٢٢٥ لسنة ٢٨ق وغيرها .
وكذلـــك الأحكـــام الواردة في مجموعة المبادئ القانونية التي قررها محكمة النقض في خمس سنوات ص ٤٤٣ وما بعدها .
ومـــنها نقض ١٩٧٥/٣/١٢ طعن رقم ٦٠١ ، ٦١٣ ، ٦١٤ لسنة ٣٩ق ، نقض ١٩٧٦/١١/٢٧ طعن رقم ٤٧٥ ، ٤٨٧ لسنة ٤٠ق .

(١) د. مأمون سلامة – الإجراءات الجنائية ـــ ٣٨٠/١ ، د. سامح جاد – الإجراءات الجنائية ص ١١٩ .

(٢) نقـــض ١٩٨١/٣/٤ – الطعن رقم ٤٤٣ لسنة ٤٧ ق – (موسوعة دائرة المعارف القانونية أ. ياسر نصار ٦٧٣/٤)
وإلى جانـــب التعويض المادي هذا ، قد يلجأ القاضي أحياناً إلى الحكم بتعويض غير مادى – أدبي – لتمثل في نشر الحكم في الصـــحف ، أو تعلـــيقه بالمحـــال العامة على نفقة المحكوم عليه . لكن هذا النوع من التعويض غالباً يكون في الجرائم الماسة بالشـــرف والاعتبار ، كالقذف والسب ، وفى جرائم تقليد العلامات التجارية ، وعلامات الملكية الأدبية والفنية . وبالتالى فمن المستبعد الحكم به في مثل ما نحن بصدده من قضايا . (د. محمد عيد الغريب – شرح قانون الإجراءات الجنائية ٣٣٤/١ ، د. مأمون سلامة – الإجراءات الجنائية ٣٨٥/١ ، د. رؤوف عبيد – مبادئ الإجراءات الجنائية ص ١٨٧ سنة ١٩٧٦ ، د. رأفت حلاوة – الادعاء المدني أمام القاضي الجنائي ١١٨٨/١) .

(٣) د. محمد عيد الغريب – شرح قانون الإجراءات الجنائية ٣٣٦/١ .

مقدمـــاً الأمانـــة التي تقدرها النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو المحكمة على ذمة أتعاب ومصـــاريف الخـــبراء والشهود وغيرهم " ، وذلك ضماناً لجدية الادعاء المدني . وعليه أيضاً إيداع الأمانة التكميلية التي قد تلزم أثناء سير الإجراءات " .

ويفرق بعد ذلك بين ما إذا حكم ببراءة المتهم أو بإدانته :

فإذا حكم ببراءته ، فلا يجوز إلزامه بالمصاريف الخاصة بالدعوى .

أما إذا حكم بإدانتـه ، فإنـــه يلزم بمصاريف الدعوى . **وقد بينت ذلك المادة ٣٢٠ حيـث نصت عـلى أنـه** :" إذا حكـم بإدانة المتهم في الجريمة ، وجب الحكم عليه للمدعى بالحقوق المدنية بالمصاريف التي تحملها ، وللمحكمة مع ذلك أن تخفض مقدارها " إذا رأت أن بعـض هذه المصاريف كان غير لازم . إلا أنه إذا لم يحكم للمدعى بالحقوق المدنـــية بتعويضات ، تكون عليه المصاريف التي استلزمها دخوله في الدعوى . أما إذا قضـــى له ببعض التعويضات التي طلبها يجوز تقدير هذه المصاريف على نسبة تبين في الحكم " .

ويلاحـــظ أن المســئول عـــن الحقوق المدنية يعامل معاملة المتهم ، فيما يختص بمصاريف الدعوى المدنية .

وتحصل المصاريف من كل من المتهم والمسئول عن الحقوق المدنية بالتضامن .

كمـــا يلاحـــظ أن الحكـــم بإلزام المدعى عليه بالمصاريف لا يتوقف على مطالبة المدعـــى بها صراحة . والقضاء بها بدون طلب لا يعتبر قضاء بما لم يطلبه الخصوم ، وإنما يكون إعمالاً لحكم القانون . ويدخل في حساب المصاريف مقابل أتعاب المحاماة[1].

******

---

[1] نقـــض ١٩٦٠/١٢/٥ – مجموعـــة أحكـــام النقض س ١١ رقم ١٦٧ ص ٨٦١ – الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٠ القضائية – مطبعة دار القضاء العالي سنة ١٩٦١ – العدد الثالث ..

المطلب الرابع
مقارنة بين الفقه الإسلامي
والقانون الوضعي في دعوى الحكومة والحكم فيها

بالنظر فيما سبق من أحكام بشأن دعوى الحكومة في الفقه الإسلامي ، وما يقابلها في القانون الوضعي ، نجد أنهما يتفقان في تحريم وتجريم الأفعال الضارة بسلامة جسد الإنسان . كما أنهما يتفقان في وجوب حصول المتضرر – المعتدى عليه – على تعويض مادي من المعتدى ، عما أصابه من ضرر من جراء الجريمة . لكنهما يختلفان في النقاط التالية :

١- أن الجرائم التي ترفع بسببها دعوى الحكومة في الفقه الإسلامي ، تعد في القانون الوضعي من جرائم الاعتداء على سلامة الجسد ، وينتج عنها دعويان : إحداهما جنائية . والأخرى مدنية .

٢- أن جمهور الفقه الإسلامي قد قرر عقوبة واحدة لمن ارتكب جريمة من هذه الجرائم ، وهي عقوبة مالية تتمثل فيما يسمى بالحكومة ، وأوكل تقديرها إلى الحاكم المسلم في ضوء ما وضعه من قواعد : بينما ذهب القانون الوضعي إلى تقرير عقوبتين : إحداهما جنائية تتمثل في السجن[1] أحياناوالحبس[2] مع الغرامة أو إحداهما أحياناً أخرى . والأخرى مادية تتمثل في التعويض المدني ومصاريف الدعوى .

وهذا يختلف تماماً مع ما قرره الفقه الإسلامي ، حتى من ذهب من علمائه إلى وجوب تعزيز الجاني عمداً بجانب إلزامه بالحكومة – وهم المالكية[3]- ، ذلك أن التعزيز في

---

(١) وعقوبة السجن تعني وضع المحكوم عليه في أحد السجون العمومية ، وتشغيله داخله أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة ، المدة المحكوم بها عليه ، ولا تقل مدته عن ثلاث سنوات ولا تزيد على ١٥ سنة إلا باستثناء يقره القانون صراحة (فتزيد على ١٥ سنة كما في حالة تعدد الجرائم ، وكما في حالة العود المنصوص عليه في المادة ٤٩ ، ٥٠) ويزيد الحد الأدنى على ثلاث سنوات ويصبح عشر سنوات حين يرتكب الصغير الذي تجاوز ١٥ سنة ولم يتجاوز ١٨ سنة جناية عقوبتها الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة . (د. رمسيس بهنام – الجريمة والمجرم والجزاء ص ٥٩٦ ط٢ منشأة المعارف – الإسكندرية – سنة ١٩٧٦) . .

(٢) وعقوبة الحبس تعني وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية أو العمومية المدة المحكوم بها عليه ، ولا يجوز أن تقل عن ٢٤ ساعة ، ولا أن تزيد على ثلاث سنوات إلا في الأحوال الخاصة المنصوص عليها قانوناً . (د. رمسيس بهنام – المرجع السابق ص ٥٩٦) .

(٣) راجع ص ٥٤٥ .

الفقه الإسلامي يكون بالحبس أو الضرب أو التوبيخ . وغاية الحبس فيه سنة . وغاية الضرب عشرة أسواط على ما ذهب الإمام أحمد في رواية وإسحاق ، وأن لا يبلغ به الحد على رأى الجمهور[١].

قال ابن قدامة : " ولا يجوز قطع شئ منه – الجاني – ولا جرحه ولا أخذ ماله ؛ لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدي به ، ولأن الواجب أدب ، والتأديب لا يكون بالإتلاف"[٢].

ولا شك أن ما قرره الفقه الإسلامي هو الأصوب والأعدل ، إذا إن تقييد حركة الإنسان بالسجن أو الحبس ، وتكليفه بدفع غرامة مالية إضافة إلى التعويض المادي للمعتدى عليه ، ظلمٌ بيّن ، لأن الواجب عليه هو إصلاح ما أتلف ليس إلا . وهذا الإصلاح يأتي من خلال ما يلزم بدفعه على سبيل الحكومة ، وليس عن طريق السجن أو الغرامة . وقد نطق القرآن الكريم بأن جزاء السيئة سيئة مثلها .قال تعالى: **﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾**[٣]وقال تعالى: **"وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾**[٤] وقال تعالى أيضاً : **﴿ من عمل سيئة فلا يجرى إلا مثلها ﴾**[٥]، وغير ذلك من الآيات.

فإن قيل في تبرير هذه العقوبة : إنها حق المجتمع ، حتى يتحقق الردع العام عن اقتراف الجرائم . قلنا : إن في إدخاله السجن ظلماً له ولأهله وللمجتمع .

أما ظلمه ، فيتمثل في إقصائه عن أهله وذويه ، وتقييد حريته من غير أن يأذن الله تعالى في ذلك ، وهذا ظلم كبير حيث لا يحل حبس أحد بدون حق[٦].

وأما ظلم أهله وذويه ، فلأنهم ربما كان هو مصدر رزقهم وسبيل معاشهم ، ولا شك أن في سجنه تعريضاً لهم للضياع والهلاك ، وهذا لا يرضاه الدين الحنيف .

---

[١] البدائع ٩٤/٧، ٩٥ ، بداية المجتهد ٤٨١/٢ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٨٧/٤ ، التاج والإكليل ٣٥٢/٨ ، مغني المحتاج ٢٣٩/٤ ، ٢٤٠ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمي ٣١٨/٤ ، ٣١٩ ، المغني ٣٤٣/١٠ ، ٣٤٤ ، المقنع والإنصاف ٢٢٠/١٠ ، ٢٢١ ، الروضة الندية ٢٨٥/٢ .

[٢] المغني ٣٤٣/١٠ . كذا في الشرح الكبير ٣٥٦/١٠ .

[٣] من الآية ٤٠ من سورة الشورى .

[٤] من الآية ١٢٦ من سورة النحل .

[٥] من الآية ٤٠ من سورة غافر .

[٦] قال الإمام الخطابي :" الحبس على ضربين : حبس عقوبة ، وحبس استظهار ، فالعقوبة لا تكون إلا في واجب . وأما ما كان في تهمة ، فإنما يستظهر بذلك ليستكشف به عما وراءه " . (فقه السنه لفضيلة الشيخ السيد سابق ٣٥٣/٣ طبعة المؤلف – ١٤٠٩هـ ١٩٨٨ ، وانظر أيضاً : نيل الأوطار للعلامة الشوكاني ١٥١/٧ .

وأما ظلم المجتمع فمن ناحيتين :

إحداهما : أن فـي السـجن تعطيلاً لقدراته الإنتاجية ، التي يساهم بها في تنمية المجتمع ورخائه .

والثانية : أن فـي سجنه إرهاقاً لكاهل المجتمع بما يلتزم نحوه من مؤنة طعامه وشـرابه وكسـوته وعلاجه وتأمين مكانه وما إلى ذلك . وهذا كله يكون بلا طائل وبلا جدوى تعود على المجتمع ، ولا شك أن هذا من الظلم الذي يأباه الشرع الحنيف الذي قرر مبدأ :" لا تظلمون ولا تظلمون "

ومن هنا يكون الأصوب والأعدل ما اختاره الشرع الحنيف من تعويض المضرور مـن الجريمة تعويضاً مادياً عادلاً بحسب ما يرى القاضي في ضوء ما وضعه من قواعد وأُطُر ، طالما أن القصاص يتعزز تحقيقه .

٣- أن الـتعويض المـادي في الفقه الإسلامي ، ليس متروكاً لاجتهاد القاضي في جميع صـور التعدى على سلامة الجسد ، وإنما ذلك فقط يكون في بعض الصور . بخلاف ما فعلـه القانون الوضعي ، حيث ترك للقاضي حرية تقدير التعويض في كل صور التعدى علـى سـلامة الجسد ، ولم يحدد له مبلغاً معيناً ويلزمه بالحكم به كدِيَة أو كتعويض عن الضرر الناجم عن جرائم معينة .

ولا شك أن ترك التقدير للقاضي في كل الحالات ، يحمل مخاطر كثيرة ، مرجعها إلـى قصور إدراك البشر عامة ، و محدودية علمهم بما يصلح المجتمع وما يفسده ، ومن هنا لا يمكن أبداً أن يحقق تقدير القاضي للتعويض العدل المطلق ، الذي يختص الله تبارك وتعـالى وحده بتحقيقه ، وصدق الله العظيم إذ يقول: **﴿ وتمت كلمة ربك صدقاً وعدلاً لا مبدّل لكلماته وهو السميع العليم ﴾**[١] .

وعليه فالواجب على البشرية جمعاء أن يقفوا عند حدود الله تبارك وتعالى ، وأن يسـلموا قـيادهم له ، وأن يستقبلوا تشريع الحق تبارك وتعالى لهم بنفس راضية وصـدر منشـرح قـائلين بمـلء الفـم والقلـب : ﴿ سمعـنا وأطعنا غفرانك ربنا وإليك المصـــير ﴾[٢]

والله تعالى أعلم .

---

[١] من الآية ١١٥ من سورة الأنعام .

[٢] من الآية ٢٨٥ من سورة البقرة .

المبحث الثاني
أحكام دعوى غصب المجهول
في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

تمهيد :

الغصب لغة : أخذ الشيء من الغير قهراً وظلماً . وقيل: أخذه ظلماً وجهاراً[١].

واصطلاحاً هو الاستيلاء على حق الغير عدواناً[٢].

وهو حرام بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقو له تعلى :﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم** ﴾[٣] ولا شك أن الغصب من الباطل .

وأما السنة : فقوله صلى الله عليه وسلم :" **لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه** "[٤].

وقوله صلى الله عليه وسلم :" **من أخذ شبرا من الأرض ظلما طوقه من سبع أرضين** "[٥]. وأحاديث أخرى كثيرة تفيد حرمة مال الغير ، وتبين مدى عظم الجرم الذي يقترفه الإنسان حين يستحل مال غيره و يستولي عليه بغير إذنه[٦].

وأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة على تحريمه ، وأنه من الكبائر وإن لم يبلغ المغصوب نصاب السرقة[٧] .

---

(١) الصحاح للجوهري مادة " غصب " ١٩٤/١ ، لسان العرب ٦٤٨/١ ، المعجم الوجيز ص ٤٥١ . فإن أخذه سراً من حرز مثله ، سمي سرقة ، وإن أخذه مكابرة ، سمي محاربة ، وإن أخذه استيلاء ، سمي اختلاساً ، وإن أخذه مما كان مؤتمناً عليه ، سمي خيانة . (كفاية الأخيار للحصنى ٢٨٤/٢) .

(٢) المنهاج مع مغنى المحتاج ٣٧٢/٢ زاد المحتاج للكوهى ٣٠٣/٢ ، كفاية الأخيار٣٨٤/٢ .

(٣) من الآية ٢٩ من سورة النساء .

(٤) سبق تخريجه في ص ٨٣ .

(٥) سبق تخريجه في ص ١٣٧.

(٦) راجع هذه الأدلة وغيرها في البدائع ٢١٨/٧ ، ٢١٩ ، مواهب الجليل ٣٠٦/٧ ، ٣٠٧ ، الحاوي ١٣٣/٧ ، ١٣٤ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٩٧/٣ ، زاد المحتاج ٣٠٣/٢ ، ٣٠٤ ، المغنى والشرح الكبير ٣٧٤/٥ ، ٣٧٥ ، سبل السلام ١٠٠/٣ ، نيل الأوطار ٣١٦/٥ ، ٣١٧ ، اللمعة الدمشقية ١١/٧، ١٢ هامش (١) ، الإقناع لابن المنذر ص ٣٧١ ، ٣٧٢ .

(٧) وقد حكى هذا الإجماع كثير من أهل العلم منهم الماوردى في الحاوي ١٣٥/٧ حيث قال : " وأجمع المسلمون على تحريم الغصب ، وأن من فعله مستحلاً – أي وهو مما لا يخفى عليه تحريمه – كان كافراً . ومن فعله غير مستحل كان فاسقاً "

ودعوى الغصب من الدعاوى التي تصح مع جهالة المدعى به فيها :

فقـد جاء في أشباه ابن نجيم[١] :" لا يحلف القاضي على حق مجهول .... إلا في مسائل .... الخامسة : في دعوى الغصب ...."

وجاء في أشباه السيوطي[٢] نقـلاً عـن القفال في فتاويه :" لا تسمع الدعوى بالمجهول ، إلا الإقرار والغصب إذا ادعى أنه غصب منه ثوباً مثلاً " .

وجاء في قرة عيون الأخيار[٣] : " ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والغصب ، لما في " الخانية " : إذا شهدوا أنه رهن عنده ثوباً ولم يسموا الثوب ولم يعـرفوا عينه ، جازت شهادتهم ، والقول للمرتهن في أي ثوب كان ، وكذلك في الغصب أهـ فالدعوى بالأولى " .

وجهالـة المدعَـى به في دعوى غصب المجهول ، تكون من حيث قيمة الشيء المغصـوب ، فـلا يلـزم في دعوى الغصب بيان قيمة الشيء المغصوب ، وإنما يكفي المدعـى أن يقول في دعواه : إن فلاناً غصب مني عين كذا ، أو يقول : إن هذا مالي ، وكان في يدي ، وإن المدعى عليه قد وضع يده عليه بغير حق . أو يقول : إنه كان تحت يدي لحين أن وضع المدعى عليه يده عليه بغير حق[٤]. وقد تقرر ذلك في عبارات كثير من الفقهاء .

فقد جاء في المادة "١٦٢١" من مجلة الأحكام العدلية : " .... ولكن لا يلزم بـيان قيمته في دعوى الغصب والرهن ، فلو قال : غصب خاتمي الزمرد ، تصح دعواه وإن لـم يبين قيمته ، بل ولو قال : لا أعرف قيمته " قال في شرح المجلة معللاً :" وذلك لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله ، فلو كلف بيان قيمته لتضرر به "[٥].

وجاء في درر الحكام[٦] :" أنه تصح دعوى المجهول في ... دعوى الغصب

=كما حكاه أيضاً ابنا قدامة في المغني والشرح الكبير ٣٧٤/٥ ، ٣٧٥ والأنصاري في فتح الوهاب ٩٧/٣ ، والشيخ الخطيب في مغني المحتاج ٣٧٢/٢ وغيرهم .

[١] ص ٢١٨ .

[٢] ص ٥٠٤ .

[٣] ٤٥٤/١ .

[٤] درر الحكام ١٧٠/١٤ ، شرح المجلة لسليم رستم باز ٩١٦/٢.

[٥] شرح المجلة لسليم رستم باز ٩١٦/٢ .

[٦] ١٧٠/١٤.

ودعوى الرهن ، فلا يلزم في دعوى الغصب أو في دعوى الرهن بيان قيمة المدعى به ، لأنه في الأكثر لا يعرف قيمة ماله ، فإذا كلف ببيان القيمة تضرربه "

وجاء في الأصول القضائية [١] بعد بيان شرط معلومية المدعى به :" ولكنهم استثنوا ... دعوى المغصوب الهالك أو الذي لا يدرى قيامه أو هلاكه ، فإنها تصح وإن لم يذكر المدعى قيمته ، والقول في قدر القيمة للغاصب "

وفى تبيين الحقائق [٢] :" وإن لم يبين القيمة فقال : غصب منى عيناً كذا ولا أدرى أنه هالك أو قائم ، ولا أدرى كم كانت قيمته . قال في الكافي : ذكر في عامة الكتب أنه يسمع دعواه ،لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله ، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به "

فإذا ما رفعت هذه الدعوى فبماذا يحكم القاضي ؟

هذا ما سنعرفه **إن شاء الله تعالى** من خلال مطلبين ، نخصص أولهما لبيان الحكم في دعوى غصب المجهول في الفقه الإسلامي ، والثاني لبيان موقف قانون العقوبات من هذه الدعوى والحكم فيها ، ويتلوهما مطلب ثالث في موازنة بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات .

******

---

[١] ص ٧ .

[٢] ٢٩٢/٤ ، وكذا في تكملة الفتح ١٦٠/٨ ، وقرة عيون الأخيار ٤٦٠/١ .

المطلب الأول
الحكم في دعوى غصب المجهول
في الفقه الإسلامي

إذا رفعت هذه الدعوى ، استدعى القاضي المدعى عليه وطلب منه الجواب والمدعى عليه في هذا الجواب إما أن يعترف بالغصب وإما أن ينكر .

فإن اعترف ، ثبتت واقعة الغصب .

وإن أنكر ، فإما أن يكون مع المدعي بينة أو لا :

فإن كان معه بينة وشهدت بالغصب ، ثبت أيضاً . مع ملاحظة أن الشهود غير مطالبين ببيان قيمة المغصوب ، لأن هذا البيان إن لم يكن مطلوباً من المدعي ، فعدم مطالبة الشهود به يكون من باب أولى ، لأنهم أبعد عن ممارسة المال المغصوب .

وإن لم يكن معه بينة ، كلف المدعى عليه بحلف اليمين ، لينفي دعوى المدعي فإن نكل عن اليمين ثبت الغصب أيضاً وسواء ثبت الغصب باعتراف المدعى عليه أو بالبينة أو بنكوله عن اليمين فإن الحاكم يجبر المدعى عليه (الغاصب) على بيان الشيء المغصوب وقيمته ، وذلك بحبسه حتى يبين[1].

فإذا بينه ، فإما أن يكون باقياً ، وإما أن يكون تالفاً ، وإما أن يكون متغيراً بالزيادة أو النقص .

ولا تثور مشكلة تحديد قيمة المغصوب إلا إذا كان قد تلف أو تغير بالنقص أو بالزيادة المتصلة غير المتولدة عنه[2] ، لأنه إذا كان باقياً ، فقد اتفق الفقهاء على وجوب الحكم برده إلى مكان غصبه[3] ،..............................

---

(1) وقد قدّر البعض مدة الحبس بشهرين – قرة عيون الأخيار ٤٦٠/١ ، درر الحكام ١٧٠/١٤ ، نتائج الأفكار ١٦٠/٨ ، ١٦١ ، شرح المجلة لسليم رستم باز ٩١٦/٢ ، تبيين الحقائق ٢٩٢/٤ .

(2) الزيادة إما أن تكون متصلة بالمغصوب وإما أن تكون منفصلة عنه ، وفي كل إما أن تكون متولدة عن المغصوب أو غير متولدة عنه . فالمتصلة المتولدة عن المغصوب كالسمن والكبر والحسن والجمال ونحوها . والمتصلة الغير متولدة عنه كصبغ الثوب وتخصيص الدار ونحوهما . والمنفصلة المتولدة عنه كالولد والثمرة واللبن والصوف . والمنفصلة الغير متولدة عنه كالكسب من الصيد والهبة والصدقة ونحوها . (البدائع ٢٣٦/٧ ، ٢٣٧) .

(3) تنوير الأبصار والدر المختار ورد المحتار ٢١٨/٩ ، ٢١٩ ، بداية المجتهد ٣٧٨/٢ وفيه : الواجب على الغاصب إذا كان المال قائماً عنده بعينه ، لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه ، وهذا لا خلاف فيه " ، كفاية الأخيار للحصني ٣٨٥/٢ ، المغني ٣٧٥/٥ وفيه : " فمن غصب شيئاً لزمه رده ما كان باقياً بغير خلاف نعلمه " ونحو هذا في الشرح الكبير معه ٥/ ٣٨٠ ، الروضة البهية ٣٦/٧ .

لقوله صلى الله عليه وسلم:" **على اليد ما أخذت حتى تؤدي** "[١]. وقوله صلى الله عليه وسلم : " **لا يأخذن أحدكم متاع صاحبه لاعباً ولا جاداً، وإذا وجد أحدكم عصا صاحبه فليردها إليه** "[٢]. ولأن الأخذ على هذا الوجه معصية ، والردع عن المعصية واجب ، وذلك برد المغصوب[٣].

وسواء كانت قيمته قد نقصت في الأسواق لرخص الأسعار أم لا ؛ لأن بقاء العين لا يعتبر فيه نقص السوق[٤].

وإذا كـــان قد زاد زيادة منفصلة عنه ، فقد اتفق الفقهاء أيضاً على وجوب الحكم برده مع زيادته ، سواء كانت هذه الزيادة متولدة منه كالولد والثمرة واللبن والصوف ، أو غير متولدة كالكسب من العبد والهبة والصدقة ونحوها ، لأن هذه الزيادة إذا كانت متولدة عن المغصوب ، فهي نماء ملك المدعى – المغصوب منه – فكانت ملكه ،وإذا كانت غير متولدة ، فهي كسب ملكه ، فكانت ملكه أيضاً . ولا شئ للغاصب مقابل هذه الزيادة[٥].

كذلك فــإن هــذه الزيادة إذا كانت متصلة متولدة عن المغصوب ، اتفق الفقهاء أيضاً على وجوب الحكم بها مع الأصل للمدعى – المغصوب منه – ، لأنها نماء ملكه ،

---

[١] رواه أبو داود في كتاب البيوع باب في تضمين العارية ٢٩٦/٣ (٣٥٦١) عن سمرة رضي الله عنه ، والترمذي في سننه ، أبواب البيوع باب ٣٩ ما جاء في أن العارية مؤداه ٤٠٢/٤ (١٢٨٤) مع التحفه وقال : " هذا حديث حسن صحيح " ، وابـــن ماجة في سننه كتاب الصدقات باب العارية ٨٠٢/٢ (٢٤٠٠) وأحمد في مسنده ٨/٥، ١٢ ، ١٣ والبغوى في شرح السنة باب ضمان العارية ٢٢٦/٨ .

[٢] رواه الأئمة : أحمد في مسنده ٤/ ٢٢١ ، وأبو داود في سننه كتاب الأدب باب من يأخذ الشيء على المزاح ٣٠١/٤ (٥٠٠٣) ، والحاكم في المستدرك كتاب معرفة الصحابة باب ذكر يزيد بن عبد الله بن السائب ٦٣٧/٣ من حديث عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده . قال الحاكم :" وابنه السائب بن يزيد أدرك النبي صلى الله عليه وآله وسلم وروى عنه حديثاً " ووافقه الذهبي في التلخيص ٦٣٧/٣ .

[٣] بدائع الصنائع ٢١٩/٧ .

[٤] الحاوي الكبير ١٣٦/٧ .

[٥] البدائع ٢٣٦/٧ ، ٢٣٧ ، بداية المجتهد ٣٨٢/٢ ، ٣٨٣ وفيه : " الغلال تنقسم إلى ثلاثة أقسام : أحدها : غلة متولدة عن الشيء المغصوب على نوعه وخلقته وهو الولد ، وغلة متولدة عن الشيء لا على صورته ، وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبـــنها وصوفها . وغلال غير متولدة ، بل هي منافع ، وهي الأكرية والخرجات وما أشبه ذلك . فأما ما كان على خلقته وصورته ، فلا خلاف أعلمه أن الغاصب يرده كالولد مع الأم المغصوبة ، وإن كان ولد الغاصب ..." ، التاج والإكليل ٣٢٠/٧ وفيه : " إن كان المغصوب عبداً ، فلا خلاف أن الصيد لرب العبد " ، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٤٩/٣ ، مغني المحتاج ٣٩٧/٢ ، المغنى ٣٩٥/٥ وفيه : " وإن غصب شجراً فأثمر ، فالثمر لصاحب الشجر بغير خلاف نعلمه ؛ لأنه نماء ملكه . ولأن الشجرة عين ملكه . نمى وزاد ، فأشبه ما لو طالت أغصانه ، و ٤٠٦/٥ ، ٤٠٧ من نفس المصدر ، المقنع والإنصاف ١٣٥/٦ ، ١٣٦ ، الإقناع لابن المنذر ص ٣٧٣ .

ولا شئ للغاصب أيضاً لقاء هذه الزيادة [(١)].

وفيما يلي بيان الحكم فيما إذا كان المغصوب قد تلف أو تغير بالنقصان أو بالزيادة المتصلة غير المتولدة . وذلك في فروع ثلاثة :

علـى أنـه يجـب التنبيـه قبل ذلك إلى أن الفقهاء قد اتفقوا على وجوب تعزير الغاصب ، سواء كان المغصوب باقياً أو تالفاً أو متغيراً ، إضافة إلى ما يجب الحكم عليه فـي كل حالة من هذه الحالات ، لأن الغصب معصية لا حد فيها ولا قصاص ولا دية ، وبالتالي فعلى الغاصب التعزير ، زجراً له وردعاً لغيره . وليس شرطاً أن يكون الغاصب بالغاً حتى يعزر ، إنما يشترط فقط أن يكون عاقلاً ، لأن العاقل من أهل التأديب[(٢)] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " **مروا أولادكم بالصلاة لسبع ، واضربوهم عليها لعشر ، وفرقوا بينهم في المضاجع**"[(٣)] وعليـه فيجـب تأديب الصبي المميز إن غَصَبَ ، دفعاً للفساد ، وإصلاحاً لحاله ، كما تضرب الدابة لذلك[(٤)].

وفي رأى للمالكية أن الصغير لا يعزّر ، لحديث رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الطفل حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يبرأ أو يعقل"[(٥)] .

وفي رأى آخر لهم : أنه يؤدب كما يؤدب في المكتب [(٦)].

---

(١) الإقنـاع لابـن المنذر ص ٣٧٢ . وفيه : " أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن من غصب جارية صغيرة فكبرت أو مهزوله فسمنت ، أو مريضة فبرأت وكانت تسوى ألفا فزادت قيمتها ، فجاء المغصوب والجارية في يد الغاصب ، أن عليـه دفعها إلى المغصوب ، ولا شئ للغاصب فيما أنفق عليها أو ما نمت به " وانظر أيضاً : البدائع ٢٣٧/٧ ، بداية المجتهد ٣٨٠/٢ ، مغنى المحتاج ٣٩١/٢ ، كفاية الأخيار ٣٨٥/٢ ، تحفة المحتاج وحاشية الشرواني ٤١/٦ ، المغنى ٣٩٨/٥ ، ٣٩٩ .

(٢) البـدائع ٩٤/٧ ، ٢١٨ ، الشـرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٤٢/٣ ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٣٠٨/٧ ، القوانين الفقهية ص ٣٢٤ أسهل المدارك ٦٢/٣ فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٣١٨/٤ ، مغنى المحتاج ٢٣٨/٤ ، ٢٣٩ المغنى والشرح الكبير ٣٤٢/١٠ ، ٣٤٣ .

(٣) رواه الأئمـة : أحمـد في المسند ١٨٧/٢ ، وأبو داود في سننه كتاب الصلاة باب متى يؤمر الغلام بالصلاة ١٣٣/١ (٤٩٥) والحاكم في المستدرك كتاب الصلاة باب أمر الصبيان بالصلاة لسبع سنين ١٩٧/١ ، والبغوى في شرح السنة ٢/ ٤٦٠ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه جده ، وصححه الألباني في إرواء الغليل ٢٦٦/١ (٢٤٧) .

(٤) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٤٢/٣ ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٣٠٨/٧ .

(٥) مواهب الجليل والتاج والإكليل ٣٠٨/٧ ، ٣٠٩ ، والحديث سبق تخريجه في ص ٤٨ .

(٦) مواهب الجليل والتاج والإكليل ٣٠٨/٧ ، ٣٠٩ .

الفرع الأول

الحكم إذا كان المغصوب قد تلف

إذا كان المغصوب قد تلف ، فإن الغاصب يضمنه ، سواء كان قد تلف بفعله هو أو بفعل غيره ، أو بسماوي . وذلك باتفاق الفقهاء[١].

لقوله صلى الله عليه وسلم :" **على اليد ما أخذت حتى تؤدى** "[٢] .

وكيفية الضمان تختلف باختلاف نوع المغصوب ، لأنه إما أن يكون مما له مثل ، وإما أن يكون مما لا مثل له :

فــإن كان مما له مثل ، كالمكيلات والموزونات ، فإنه يضمن بمثله جنساً ونوعاً وصفة وقدراً ، في قول كافة أهل العلم[٣]. .

وذلك لأن ضمان الغصب ضمان اعتداء ، والاعتداء لم يشرع إلا بالمثل . قال الله تعالى ﴿ **فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم** ﴾[٤]. والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ، فأما القيمة فمثل من حيث المعنى دون الصورة[٥].

. ولأن ضمان الغصب ضمان جبر الغائب ، ومعنى الجبر بالمثل أكمل منه بالقيمة ؛ لأن طريق المثل الصورة والمشاهدة والمعنى ، أما طريق القيمة فالظن والاجتهاد ، فلا يعدل عن المثل إلى القيمة إلا عند التعذر[٦].

---

(١) البدائع ٢٢٢/٧ ، تبيين الحقائق ٢٢٣/٥ ، القوانين الفقهية ص ٣٢٤ ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٣١١/٧ ، جواهر الإكليل ١٤٨/٢ ، بداية المجتهد ٣١٨/٢ ، مغني المحتاج ٣٧٥/٢ وفيه :" (فإن تلف عنده) متمول بآفة أو إتلاف كلــه أو بعضــه (ضــمنه) بالإجماع " ، كفاية الأخيار ٣٨٦/٢ ، الحاوي ١٣٦/٧ ، المغنى ٣٧٥/٥ ، اللمعة الدمشقية والروضــة البهــية ٣٦/٧ ، فقه الإمام جعفر ٧/٥ ، الروضة الندية ١٥٠/٢ وفيه :" ....ومجمع على وجوب رد المغصوب إذا كان باقياً ، وعلى تسليم عوضه إن كان تالفاً " ، نيل الأوطار ٣٢٣/٥ ، سبل السلام ١٠١/٣ .

(٢) سبق تخريجه في ص ٥٦٠ ، الحاوي الكبير ١٣٦/٧ .

(٣) البدائع ٢٢٢/٧ ، تبيين الحقائق ٢٢٣/٥ ، تنوير الأبصار والدر المختار ٢٢٠/٩ ، مغني المحتاج ٣٨١/٢ ، اللمعة الدمشــقية والروضة البهية ٣٦/٧ ، الروضة الندية ١٥١/٢ ، بداية المجتهد ٣٧٨/٢ وفيه :" ... فإذا ذهبت عينه ، فإنهم اتفقــوا عــلى أنه إذا كان مكيلاً أو موزوناً ، أن على الغاصب المثل – أعني مثل ما استهلك صفة ووزنا " وقد حكى هذا الإجمــاع أيضاً ابن قدامة في المغنى ٣٧٦/٥ ، والشوكاني في نيل الأوطار ٣٢٣/٥ ، والصنعاني في سبل السلام ١٠١/٣ ، وابن المنذر في الإقناع ص ٣٧٤ وغيرهم .

(٤) من الآية ١٩٤ من سورة البقرة .

(٥) البدائع ٢٢٢/٧ ، تبيين الحقائق ٢٢٣/٥ ، المغنى ٣٧٥/٥ ، ٣٧٦ .

(٦) البدائع ٢٢٢/٧ ، تبيين الحقائق ٢٢٣/٥ ، المغنى ٣٧٥/٥ ، ٣٧٦ .

ولأن مثل الشيء أخص به بدلاً من القيمة ، لأنه مثل في الشرع واللغة والقيمة مثل في الشرع دون اللغة[١].

وإن كان مما لا مثل له ، من المذروعات والمعدودات المتقاربة كالثياب والحيوان وغـير ذلـك ، فإنـه يضمن بقيمته في قول عامة أهل العلم[٢]. والدليل على ذلك السنة والمعقول :

أما السـنة : فقوله صلى الله عليه وسلم : " **من أعتق شركاً له في عبد ، فكان له مـال يـبلغ ثمـن العـبد ، قُوِّم عليه قيمةَ عدل ، فأُعْطِيَ شركاؤه حصصهم ، وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق منه ما عتق** "[٣].

وجـه الدلالـة مـن الحديث : أنه صلى الله عليه وسلم أوجب قيمة الحصة على الشـريك الـذي أعـتق نصيبه في العبد المشترك بينه وبين غيره ، لأنه أتلف ملكية بقية الشركاء لأنصبائهم في العبد وإيجاب القيمة دون المثل دليل على أن القيمة هي المعتبرة[٤]

قال الكاساني : " والنص الوارد في العبد يكون وارداً في إتلاف كل ما لا مثل له دلالة[٥] .

وقـال الـزيلعي :" وهـذا نص صريح على اعتبار القيمة فيما لا مثل له ، حيث أوجبها على المعتق إن كان موسراً ، وعلى العبد إن كان معسراً "[٦].

---

(١) الحاوي الكبير ١٣٦/٧ .

(٢) كـنز الدقائق وتبيين الحقائق ٢٢٣/٥ ، تنوير الأبصار والدر المختار ٢٢١/٩ ، البدائع ٢٢٢/٧ ، جواهر الإكليل ١٤٨/٢، الشـرح الكـبير وحاشية الدسوقي ٤٤٧/٣ ، ٤٤٨ ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٣١١/٧ ، ٣١٨ أسهل المدارك ٦٢/٣ ، المنهاج ومغني المحتاج ٣٨٤/٢ ، وشرح المحلى ٣٢/٣ ، غاية الاختصار وكفاية الأخيار ٣٨٦/٢ ، ٣٨٧ ، الإقـناع لابـن المنذر ص ٣٧٤ ، المغني ٣٨٦/٥ ، حدائق الأزهاروالسيل الجرار ٣٦٠/٣ ، اللمعة الدمشقية والروضة البهـية ٤٠/٧ ، وقد ذهب الإمام الشوكاني إلى وجوب تخيير المالك بين أخذ مثل المغصوب أو قيمته من غير فرق بين مثلي وقيمي . إلا أنه قال بعد أن قرر ذلك :" ولكن إرجاع المثلي من أعلى أنواع الجنس ، وقيمة القيمي على هذا الاصطلاح . أقرب إلى رفع التشاجر ، وأقطع لمادة النـزاع " (السيل الجرار ٣٦٠/٣ ، ٣٦١) .

(٣) رواه الأئمة : مالك والبخاري ومسلم عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما . الموطأ للإمام مالك ، كتاب العتق والولاء باب من أعتق شركاً له في مملوك ٧٧٢/٢ (١) ، صحيح البخاري مع الفتح كتاب العتق ، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين ، أو أمة بين الشركاء ١٧٩/٥ (٢٥٢٢) ، صحيح مسلم بشرح النووي كتاب العتق ١٣٥/١٠ (١٥٠١/١) .

(٤) الحاوي ١٣٧/٧ ، المغني ٣٧٦/٥ .

(٥) بدائع الصنائع ٢٢٣/٧

(٦) تبيين الحقائق ٢٢٣/٥ .

وأما المعقول فمن وجوه :

أحدها : أنه لما كانت أجزاؤه مضمونة بالقيمة دون المثل ، حتى إن من قطع يد دابة ، لم تقطع يد دابته ، ومن خرق ثوباً لم يخرق ثوبه ، وجب أن يكون في استهلاك العين بمنزلته[١].

ثانيها : أن ما تختلف أجزاؤه يتعذر منه المماثلة ، ولا يخلو من أن يكون زائداً يظلم به الغاصب ، أو ناقصاً يظلم به المغصوب منه ، والقيمة عدل يؤمن فيها ظلم الفريقين[٢].

ثالثها : أنه تعذر إيجاب المثل صورة ومعنى ، لأنه لا مثل له ، فيجب فيه المثل معنى وهو القيمة ، لأنها المثل الممكن[٣].

وقد نازع في ذلك العنبري[٤] و الإمامية في رأى ضعيف عندهم ، فقالوا بأن الضمان في هذه الحالة يكون بالمثل ولا يضمن بالقيمة إلا إذا تعذر وجود مثله[٥].

استدلالاً بما روى عن أنس رضى الله عنه قال :أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم، إلى النبي صلى الله عليه وسلم طعاماً في قصعة . فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها. فقال النبي صلى الله عليه وسلم:" **طعام بطعام وإناء بإناء**"[٦].

وبما روى عن عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه أتاه رجل فقال : يا أمير المؤمنين ، إن بنى عمك سعوا على إبلي ، فاحتلبوا ألبانها ، وأكلوا فصلانها فقال عثمان رضى الله عنه نعطيك إبلاً مثل إبلك وفصلاناً مثل فصلانك فقال عبد الله بن مسعود : وقد رأيت يا أمير المؤمنين رأياً أن يكون ذلك من الوادي الذي جنى فيه بنو عمك . فقال عثمان : نعم[٧].

فهذان الخبران يدلان على أن الضمان يكون بالمثل سواء كان المضمون مثلياً أو قيمياً .

---

(١) الحاوي الكبير ١٣٧/٧ ،

(٢) الحاوي ١٣٧/٧ ، كفاية الأخيار ٣٨٧/٢ ، مغنى المحتاج ٣٨٤/٢ ، المغنى مع الشرح الكبير ٣٧٦/٥ .

(٣) البدائع ٢٢٢/٧ ، تبيين الحقائق ٢٢٣/٥ .

(٤) هو عبد الله بن الحسن بن الحصين العنبري ، المولود سنة ١٠٥ هـ والمتوفى سنة ١٦٨هـ ، قاضي من الفقهاء العلماء بالحديث من أهل البصرة روى عن خالد الحذاء ، وداود بن أبي هند ، وسعيد الجريري وغيرهم وروى عنه مهدى ، وخالد بن الحارث وأبو الهمام بن الزبرقان . قال الآجري : قلت لأبي داود : عبد الله بن الحسن عندك حجة ؟ قال : كان فقيهاً وقال النسائي : فقيه بصرى ثقة . وقال ابن حبان : من سادات البصرة فقهاً وعلماً ، ولى قضاءها سنة ١٥٧هـ ، وعزل سنة ١٦٦هـ . (تهذيب التهذيب لابن حجر٧/٧)

(٥) الحاوي ١٣٦/٧ ، المغنى ١٧٦/٥ ، الروضة البهية ٤٠/٧ ، فقه الإمام جعفر ١٩/٥ ، ٢٠ .

(٦) رواه الترمذى في صحيحه أبواب الأحكام باب (٢٣) ما جاء فيمن يكسر الشيء ما يحكم له من مال الكاسر ٤٩٤/٤ ، ٤٩٥ (١٣٧٠) . وقال :" هذا حديث حسن صحيح " . وانظر : الحاوي ٤٦/٧ ، المغنى ٣٧٦/٥ ، الروضة الندية ١٥١/٢ .

(٧) الحاوي الكبير للماوردى ١٣٦/٧ ، ١٣٧ .

غير أن هذا رأى ضعيف . وقد أجيب على استدلال أصحابه بحديث عائشة رضى الله عنها ، بأن القيمة مثل في الشرع .

قال الله تعالى ﴿ **فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هدياً بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياماً ليذوق وبال أمره**﴾ [1] فجعل قيمة الجزاء من الطعام مثلاً . هذا من جهة . ومن جهة أخرى فإن هذا الخبر يمكن حمله على أن ذلك جوز بالتراضي ، وقد علم صلى الله عليه وسلم أنها ترضى بذلك[2].

كما أجيب على خبر عثمان رضى الله عنه بأنه محمول على التفضل منه ، لتطوعه بذلك[3].

وبهذا يتضح أن الراجح هو ما عليه عامة الفقهاء من القول بأن ضمان المغصوب الذي لا مثل له يكون بالقيمة لا بالمثل . **والله تعالى أعلم** .

وإذا ثبت ذلك فإن القول في القيمة يكون للغاصب مع يمينه ، خاصة وأن المالك – المدعى في هذه الدعوى – جاهل بقيمة المغصوب[4].

ولكن ما هو الوقت الذي تعتبر به قيمة المغصوب الهالك ؟

اختلف الفقهاء في ذلك :

---

(1) من الآية ٩٥ من سورة المائدة . وفي تفسير هذه الآية يقول ابن عباس رضى الله عنهما : إذا أصاب المحرم الصيد ، حكم عليه جزاؤه من النعم ، فإن لم يجد نظر كم ثمنه، ثم قوم طعاماً فصام مكان كل نصف صاع يوماً " . ويقول :" فإذا قتل المحرم شيئاً من الصيد ، حكم عليه فيه ، فإن قتل ظبياً أو نحوه ، فعليه شاة تذبح بمكة ، فإن لم يجد فإطعام ستة مساكين ، فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام . فإن قتل أُيِّلاً أو نحوه ، فعليه بقرة ، فإن لم يجدها أطعم عشرين مسكيناً ، فإن لم يجد صام عشرين يوماً ، وإن قتل نعامة أو حمار وحش أو نحوه ، فعليه بدنة من الإبل ، فإن لم يجد أطعم ثلاثين مسكيناً ، فإن لم يجد صام ثلاثين يوماً " (تنوير المقباس من تفسير ابن عباس ص ١٠١ – مكتبة جمهورية مصر ، تفسير الطبري ٣٨/٧ ، تفسير ابن كثير ١٠٢/٢) . والإِيَّل بكسر الهمزة وضمها – : ذكر الأوعال وهو التيس الجبلي ويجمع على أيايل " و " إيلياء " .(المصباح المنير للفيومي ٣٣/١ ، المعجم الوسيط ٣٤/١) .

(2) الحاوي الكبير ١٣٧/٧ .

(3) المرجع والموضع السابقان .

(4) شرح المجلة لسليم رستم باز ٩١٦/٢ ، درر الحكام ١٧٠/١٤ ، قرة عيون الأخيار ٤٦٠/١ . وكذا لو كان عالماً بقيمة المغصوب ، فإن القول للغاصب بيمينه عند اختلافهما في هذه القيمة ، لأن المالك يدعي عليه الزيادة وهو ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه . إلا إذا أقام المالك البينة على الزيادة ، فإن القول في هذه الحالة يكون قوله . لأنه أثبتها بالحجة الملزمة . (الهداية ١٣٨٥/٤ ، مجمع الأنهر ٤٦٤/٢ ، تنوير الأبصار والدر المختار ورد المحتار ٢٤٢/٩ ، كنز الدقائق وتبيين الحقائق ٢٣١/٥ ، المغني والشرح الكبير ٤٣٨/٥ ، ٤٤٢ ، المقنع والإنصاف ١٩٩/٦ ، الكافي ٤١٣/٢) .

فذهب الحنفية وجمهور المالكية وأحمد في رواية والزيدية وأكثر الإمامية إلى أن الوقت المعتبر في قيمة المغصوب هو وقت الغصب ، فعلى الغاصب قيمة المغصوب يوم الغصب ، لأنه الوقت الذي أزال فيه الغاصب يد المغصوب منه عن المغصوب ، فيلزمه القيمة حينئذ كما لو أتلفه[١].

وذهب الحنابلة في المذهب و الإمامية في رأى ضعيف إلى أن الوقت المعتبر في ضـــمان المغصوب التالف هو وقت تلفه ، فيضمنه الغاصب بقيمته يوم تلفه ، لأن تقيمة إنمـــا تثبــت فـــي الذمة حين التلف ، لأن قبل ذلك كان الواجب رد العين دون قيمتها ، فاعتبرت تلك الحال ، كما لو لم تختلف قيمته[٢].

وذهـب الشافعية وبعض المالكية وأحمد في رواية ، و الإمامية في المشهور إلى أن الوقـت المعتبر في ضمان المغصوب هو الوقت الذي تتحقق فيه أعلى قِيَمِ المغصوب من يوم الغصب إلى يوم التلف ، فعلى الغاصب ضمان المغصوب التالف بأقصى قِيَمِهِ من يـــوم الغصب إلى يوم التلف[٣] ، لأنه في حال زيادة القيمة غاصب مطالب بالرد ، فإذا لم يـــرد ، ضمن بدله ، بخلاف ما لَوْرَدَّه بعد الرخص ، فإنه لا يضمن شيئاً ، لأنه مع بقاء العين يمكن توقع الزيادة في المستقبل ، فلم تعتبر بالكلية[٤].

ويــبد ولى أن الحـق مـع هـؤلاء ، لقـــوة حجتهم ، ولأن في العمل برأيهم زجراً للغاصب الذي انساقت يده وراء هوى نفسه وشيطانه وامتدت إلى حق غيره عمداً عدواناً ، فمثل هذا الإنسان المعتدى يجب الأخذ على يديه ، وإعلان الحرب عليه ، حتى ينزجر عن فعلـــه ويكف عن إيذاء الناس باغتصاب ما في أيديهم ، وحتى يرتدع غيره عن الاقتراب مـــن هذه الجريمة النكراء . ومن سبل ذلك إلزامه برد أعلى قيمة وصل إليها المغصوب من يوم غصبه إلى يوم تلفه .... **والله تعالـــى أعلم** .

******

---

[١] تبـــين الحقائق ٢٢٣/٥ ، مجمع الأنهر ٤٥٧/٢ ، تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين ٢٢١/٩ ، القوانين الفقهيـــة ص ٣٢٤ ، أســـهل المدارك ٦٢/٣ ، مختصر خليل ومواهب الجليل والتاج والإكليل ٣١٨/٧ ، ٣١٩ ، الشرح الكـــبير وحاشية الدسوقى ٤٤٧/٣ ، ٤٤٨ ، المبدع في شرح المقنع ١٨١/٥ ، المغنى والشرح الكبير ٤٢١/٥ ، ٤٣٠ ، الإنصاف ١٨٤/٦ ، حدائق الأزهار والسيل الجرار ٣٦٠/٣ ، ٣٦١ ، الروضة البهية ٤١/٧ .

[٢] المقنع والإنصاف ١٨٤/٦ ، والمبدع ١٨١/٥ ، الكافي لابن قدامة ٤٠٤/٢ ، شرح منتهى الإرادات ٤١٩/٢ ، المغنى والشرح الكبير ٤٢١/٥ ، ٤٣٠ ، الروضة البهية ٤١/٧ .

[٣] الحاوي ١٣٦/٧ ، المنهاج مع مغنى المحتاج ٣٨٤/٢ ، مواهب الجليل ٣١٩/٧ ، حاشية الدسوقى ٤٤٧/٣ ، الإنصاف ١٨٤/٦ ، المبدع ١٨١/٥ . اللمعة الدمشقية والروضة البهية ٤٠/٧ ، ٤١ .

[٤] مغنى المحتاج ٣٨٤/٢ ، الروضة البهية ٤٠/٧ .

الفرع الثاني

الحكم لو تغير المغصوب بالنقص

إذا كان المغصوب قد تغير بالنقص ، فإن الحكم يختلف فيما إذا كان حيواناً أو غير حيوان . وفيما يلي بيان الحكم في كل منهما :

أولاً : الحكم إذا كان المغصوب حيواناً :

إذا كان المغصوب حيواناً وتغير بالنقص في فترة الغصب ، فقد اختلف الفقهاء فيما يجب الحكم به في هذه الحالة

المذهب الأول : للشافعية والحنابلة في المذهب و الإمامية ، فيرى هؤلاء أنه يجب الحكم في هذه الحالة برد الحيوان المغصوب وأرش نقصه ، سواء كان النقص قد حدث بجناية أو حادثة ، وسواء كان هذا الحيوان ينتفع به من جهة واحدة كالشياه والطيور . فإن المقصود منها هو اللحم فقط – أو كان ينتفع به من أكثر من جهة كالبقر والإبل والحمير والبغال و الأفراس – فإن لها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل[1].

وقد استدل هؤلاء على مذهبهم بالمعقول من وجهين :

أحدهما : أنه ضمان مال من غير جناية ، فكان الواجب ما نقص كغير الحيوان ، وذلك لأن القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المفوّت عليه . وقدر النقص هو الجابر ، فكان هو الواجب .

والثاني : أنه لو هلك جميع الحيوان لو جبت قيمته ، فإذا فات منه شئ ، وجب قدره من القيمة كغير الحيوان[2].

المذهب الثاني : للحنفية ، حيث يرون وجوب التفريق بين الحيوان الذي ينتفع به من وجه واحد ، والحيوان الذي ينتفع به من أكثر من وجه .

فالنوع الأول يضمن نقصانه بأرشه فقط ، فيخير المالك – المدعى بين أخذه وأرش نقصه ، أو تركه للغاصب وأخذ قيمته كاملة ؛ لأن المقصود من هذا النوع هو اللحم فقط ، فلا يعتبر فيه إلا النقصان .

---

(1) الحاوي الكبير ١٣٩/٧ ، كفاية الأخيار ٣٨٥/٢ ، الكافي لابن قدامة ٣٦٢/٢ ، المغنى ٣٨٦/٥ ، المبدع ١٦٣/٥ ، اللمعة الدمشقية ٤٦/٧ .

(2) المغنى ٣٨٧/٥ ، المبدع في شرح المقنع ١٦٣/٥ ، كشاف القناع ٩٠/٤ .

أما النوع الثانى فإن عينه تضمن بربع قيمته[1]. وقد استدلوا على أن عين هذا النوع من الحيوان تضمن بربع قيمته بالسنة والأثر والمعقول :

أما السنة : فما روى عن زيد بن ثابت رضى الله عنه قال : لم يقض رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا ثلاث قضيات : "فى الأمَّة والمنقلة والموضحة . فى الأمة ثلاثاً وثلاثين ، وفى المنقلة خمس عشرة ، وفى الموضحة خمساً ، وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عين الدابة ربع ثمنها"[2].

ففى هذا الحديث دليل صريح على أن عين الدابة تضمن بربع ثمنها .

وأما الأثر : فما روى عن شريح أن عمر رضى الله عنه كتب إليه "فى عين الدابة ربع ثمنها"[3].

وأما المعقول فمن وجهين :

أحدهما : أن فى هذا النوع من الحيوان مقاصد أخرى سوى اللحم كالركوب والزينة والحمل والعمل ، فمن هذا الوجه تشبه الآدمى . وقد تمسك للأكل ، ومن هذا الوجه تشبه المأكولات . قالوا : فعملنا بالشبهين : بشبه الآدمى فى إيجاب الربع ، وبالشبه الآخر فى نفى النصف[4].

والثانى : أنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين : عيناها وعينا مستعملها، فصار كأنها ذات أربعة أعين ، فيجب الربع بفوات إحداها[5].

هذا بالنسبة لضمان العين فى هذا المذهب . أما سائر أعضاء هذا النوع من الحيوان عندهم فإنها تضمن بأرش نقصها ؛ فيخير المالك بين أخذ الحيوان مع أرش نقصه

---

(١) الهداية ١٣٨٢/٤ ، ١٦٧٧ ، العناية ٣٣٣/١٠ ، تنوير الأبصار والدر المختار ورد المحتار ٢٣٢/٩ ، ٢٢٧/١٠ .
وإلى هذا ذهب الإمام أحمد فى رواية إذا كان المنصوب دابة – حماراً أو بغلاً أو فرساً – .أما إذا كان بعيراً أو بقرة أو شاة ، فإنه يضمن بأرش نقصه .(المغنى ٣٨٦/٥ ، ٣٨٧ .

(٢) أخرجه العقيلى فى الضعفاء الكبير ٩٥/١ ، ٩٦ ، وأعلَّه بإسماعيل بن يعلى بن أبى أمية . وضعَّفه عن جماعة من غير توثيق – نصب الراية للزيلعى ٣٨٨/٤ . وعزاه الهيثمى إلى الطبرانى فى الكبير وقال : "وفيه أبو أمية بن يعلى وهو ضعيف" . مجمع الزوائد كتاب الديات باب الديات فى الأعضاء وغيرها ٢٩٨/٦ واللفظ له .

(٣) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه ، كتاب العقول ، باب عين الدابة ٧٧/١٠ (١٨٤١٨) ، كما أخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفة ، كتاب الديات ، باب فى عين الدابة ٣٥٤/٦(١) عن أبى قلابة عن أبى المهلب عن عمر رضى الله عنه .

(٤) الهداية ١٦٧٨/٤ ، العناية ٣٣٣/١٠ ، رد المحتار ٢٢٧/١٠ .

(٥) الدر المختار ورد المحتار ٢٢٧/١٠ ، الهداية والعناية ٣٣٤/١٠ .

وبين تركه للغاصب وأخذ جميع قيمته .

وقيل : إن في لسان غير مأكول اللحم وإحدى قوائمه جميع قيمته ؛ لأن ذلك استهلاك له من كل وجه ، وفي هذه الأشياء من مأكول اللحم أرش نقصها ، فيخير المالك بين أخذه مع أرش نقصه وبين تركه للغاصب وأخذ جميع قيمته .

وهذا ما عليه الفتوى عند الحنفية .

وذهب الإمام أبو حنيفة في ظاهر الرواية إلى أنه إن اختار أخذه فلا شئ له مقابل النقص[١].

قال ابن عابدين : "والأول أصح ، وعليه المتون والشروح"[٢].

وقال الزيلعي : "والأول هو الظاهر ، لأنه نقصان باعتبار فوات بعض الأغراض ، من الحمل والدر والنسل"[٣].

المذهب الثالث : للمالكية في مشهور مذهبهم ، ويرون أن النقص إذا كان قد أفات مقصود المالك من الحيوان المغصوب ، فإنه يضمن بقيمته سليماً[٤].

المناقشة والترجيح :

مناقشة أدلة المذهب الثاني :

مناقشة الاستدلال بالحديث :

نوقش استدلالهم بحديث زيد رضي الله عنه ، بأنه لا يصلح للاحتجاج به ، من وجهين :

أحدهما : أنه حديث ضعيف لا أصل له[٥] .

والثاني : أن ما لم تضمن أعضاؤه بمقدر ، لم تضمن عينه بمقدر ؛ قياساً على سائر الأعضاء[٦].

---

(١) الهداية ١٣٨٢/٤ ، تبين الحقائق وحاشية الشلبي ٢٢٨/٥ ، الدر المختار ورد المختار ٢٢٨/١٠ .

(٢) حاشية رد المختار ٢٢٨/١٠ .

(٣) تبين الحقائق ٢٢٨/٥ .

(٤) فقد قسموا النقص إلى أربعة أقسام : يسير لم يبطل الغرض المقصود منه . ويسير يبطل الغرض المقصود منه . وكثير لم يبطل الغرض المقصود منه . وكثير يبطل الغرض المقصود منه . وقد مثلوا لليسير الذي يبطل الغرض المقصود منه بقطع ذنب دابة ذي هيئة وحشمة كأمير وقاضٍ أو أذنها – أي ما شأنها أن تكون لذي الهيئات سواء كان صاحبها ذا هيئة أم لا (الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٦٠/٣ ، التاج والإكليل ٣٣٧/٧ ، القوانين الفقهية ص ٣٢٦).

(٥) المغني ٣٨٧/٥

(٦) الحاوي الكبير ١٤٠/٧ .

مناقشة الاستدلال بالأثر :

ونوقش استدلالهم بخبر عمر رضى الله عنه ، بأنه لا يفيد أن مقدار أرش عين الحيوان الذى ينتفع به من أكثر من جهة ربع قيمته فى كل زمان ومكان ، لأن القضية التى حكم فيها عمر رضى الله عنه قضية عين ، وافقت الحكومة فيها ربع القيمة[1]. ومما يؤكد ذلك أنه رضى الله عنه قضى فى العين القائمة الصورة بخمسين ديناراً ، ولو كان تقديراً لوجب فى العين نصف القيمة كعين الآدمى[2].

مناقشة مذهب المالكية :

ما ذهب إليه المالكية من القول بأن النقص إذا كان قد أفات مقصود المالك من الحيوان المغصوب ، يضمن بقيمته سليماً ، لا وجه له . يقول الإمام الماوردى فى رده : "حسبك بقبح هذا القول دليلاً على فساده ، ولو جاز أن يجب فى ذَنَب حماره – القاضى – جميع القيمة ، لوجب ذلك فى تحريق ثيابه ، والتعدى فى قماشه ، ولتضاعفت الجناية فيه على الجناية على غيره ، ولكان كل ما اختص به زائداً فى الحكم على من سواه . قال : "وفى اتفاق الجميع على أن القاضى وغيره فى ضمان ما استهلكه أو جنى عليه حسب أن يكون وغيره على سواء فى الجناية على حماره"[3] أهـ .

وبهذا يتبين أن ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة فى المذهب والإمامية من القول بأن ما يجب الحكم به فى هذه القضية هو رد الحيوان المغصوب وأرش نقصه هو الراجح ، سواء كان النقص قد حدث بجناية أو حادثة ، وسواء كان الحيوان مما ينتفع به من جهة واحدة أو من أكثر من جهة ، وذلك نظراً لقوة حجتهم وصحتها وسلامتها من المعارضة وضعف أدلة المخالفين . **والله تعالى أعلم**

ثانياً : الحكم إذا كان المغصوب غير حيوان :

إذا كان المغصوب غير حيوان ، فإما أن يكون النقص متميزاً أو غير متميز :

فإن كان النقص متميزاً كالحنطة يتلف بعضها ، أو كالثياب يتلف ثوب منها أو عدة أمتار من جملتها . كان الغاصب ضامناً للنقص بالمثل إن كان المغصوب مثلياً ، وبالقيمة إن كان قيمياً . ويرد الباقى بعينه ، سواء كان التالف أكثر المغصوب أو أقله .

---

(١) الحاوى ١٤٠/٧ ، المغنى ٣٨٧/٥ .

(٢) المغنى ٣٨٧/٥ ، ٣٨٨ ، نتائج الأفكار ٣٣٤/٧ .

(٣) الحاوى الكبير ١٤٠/٧ .

قال الإمام الماوردى : "وهذا متفق عليه"[١].

وإن كـــان النقص غير متميز ، كثوب شقه أو إناء كسره ، فإن كان الناقص منه أقـــل مـــنافعه . أخذه وما ينقص من قيمته إجماعاً[٢] ؛ لأنه عوض عن أجزاء ناقصة أو أوصاف ، وكلاهما مضمون ، سواء كان النقص من الغاصب أو من غيره ، ولو من قبل الله تعالى[٣] .

وإن كـــان الـــناقص أكثر منافعه ، خُيِّرَ المالك – المدعى – بين أخذ المغصوب الـــناقص مع أرش نقصه ، وبين تركه للغاصب وتضمينه قيمته سليماً على ما ذهب إليه الحنفـــية والمالكـــية والإمـــام أحمد فى رواية ؛ لأن النقص الفاحش يفوت بعض المنافع المطلوبة من الشئ ؛ بدليل أنه لا يصلح لما كان يصلح له قبل إحداث هذا النقص[٤].

بخلاف ما ذهب إلـى الشـافعية والحـنابلة فى المذهب ، حيث قالوا بأن على الغاصـــب أن يرد المغصوب وما نقص من قيمته ؛ لقوله تعالى : ﴿ **فمـن اعتدى عليكم فاعـتدوا علـيه بمثل ما اعتدى عليكم** ﴾[٥]. قالوا فإذا اعتدى باستهلاك البعض ، لم يجز أن يعتدى عليه باستهلاك الكل .

ولأن مـــا لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أقله ، لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أكثره قياساً على النقص المتميز[٦].

ولأنها جناية تنقص بها القيمة ، فأشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها[٧].

---

(١) الحاوى الكبير ١٣٨/٧ ، وانظر : البدائع ٢٣٤/٧ ، تبين الحقائق ٢٢٩/٥ ، تنوير الأبصار والدر المختار ٢٣٣/٩ .

(٢) وقد حكى هذا الإجماع الماوردى فى الحاوى ١٣٨/٧ ، وزين الدين العاملى فى الروضة البهية ٤٤/٧ . وانظر : البدائع ٢٣٤/٧ ، تـــنوير الأبصار والدر المختار ورد المحتار ٢٣٣/٩ ، مختصر خليل والتاج والإكليل ٣٣٧/٧ ، ٣٣٨ ، ٣٣٩ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٦٠/٣ ، جواهر الإكليل ١٥٣/٢ ، المغنى ٣٨٥/٥ ، الكافى ٣٨٩/٢ .

(٣) الروضة البهية ٤٤/٧ .

(٤) الـــبدائع ٢٣٤/٧ ، الهدايـــة وشروحها ٣٤١/٩ ، ٣٤٢ ، تنوير الأبصار والدر المختار ورد المحتار ٢٣٢/٩ ، التاج والإكليل ٣٣٩/٧ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٦٠/٣ ، ٤٦١ ، جواهر الإكليل ١٥٣/٢ ، شـــــرح الزرقانى ١٥٧/٦ ، المغنى ٣٨٥/٥ ، ٣٨٦ .

(٥) من الآية ١٩٤ من سورة البقرة ، وانظر : الحاوى ١٣٨/٧ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ١١٩/٣ ، مغنى المحتاج ٣٩١/٢ ، المغنى والشرح الكبير ٣٨٥/٥ .

(٦) الحاوى الكبير ١٣٩/٧ .

(٧) المغنى والشرح الكبير ٣٨٦/٥ ، ٣٩٠ .

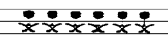
لكن هـذا رأى ضعيف – فـى نظـرى – والـراجح الأول ؛ لقوة حجته ، ولأنه يراعى مصلحة المالك المعتدى عليه بغصب ملكه ؛ ولا شك أن مراعاة مصلحته واجبة ؛ خاصـــة وأنـــه قـد ظُلم وحُرم من الانتفاع بملكه على الوجه المخصص له ، الأمر الذى يستوجب النظر إليه وإعطاءه كامل الحرية فى اختيار ما يتلاءم مع ظروفه من أخذ الشئ المغصوب بعينه مع أرش نقصه أو تركه كلية وأخذ قيمته سليماً .

ثـم إن فـــى العمل بهذا الرأى زجراً للغاصب وردعاً لغيره ممن تسول لهم نفوسهم بـــالعدوان على أملاك غيرهم دون ذنب أو جريرة ، وفى هذا درء لمفسدة كبيرة يمكن أن حـــيق بأمن المجتمع المسلم ؛ فحين يعلم المرء أنه إن غصب شيئاً من ملك غيره وأفسده عويـــت المـــنفعة المقصودة منه ، سيكون ملزماً – إن اختار المالك – برد قيمته كاملة، إضافة إلى تعزيره بالعقوبة المناسبة التى يختارها الحاكم ، سيتردد كثيراً فى إقدامه على اقتراف هذه الجريمة ،وغالباً ما سيحجم عن ارتكابها ،وهذا ما يهدف إليه شرعنا الحنيف.

أما ما استدل به المخالفون من الآية الكريمة ، فيمكن مناقشته بأنه ليس فى العمل بالـــرأى الأول ما يتعارض مع هذه الآية الكريمة ، بل إن العمل به هو عين ما نطقت به إن شاء الله تعالى ؛ لأن الغاصب المعتدِى قد اعتدى على المالك مستخدماً قوته أو سطوته وقهـــره بســـلب ملكه سليماً لا عيب فيه ، وحرمه التمتع به واستخدامه فيما أُعدّ له أوفى الغرض الذى خصصه له مالكه ، فبمنطوق الآية الكريمة ، يجب أن يؤخذ منه هذا الشئ المغصوب سليماً لا عيب فيه وصالحاً لاستخدامه فى هذا الغرض ، وذلك غير ممكن فى هذه الحالة إلا بتغريمه كامل قيمته وهو سليم لا عيب فيه ، حتى يتمكن المالك المظلوم من شراء غيره وقضاء مصالحه ، فهذه بتلك . وهذا هو العدل الذى تنشده الشريعة المطهرة.

أما استدلالهم بالوجه الأول من المعقول ، فيناقش أيضاً بأن القياس على النقص المتمـــيز قياس مع الفارق ؛ لأن النقص المتميز لم يفت به غرض المالك من اقتنائه للشئ الذى غصب منه ، بخلاف مسألتنا فهذا القياس لا يتم .

واستدلالهم بالوجه الثانى ، يناقش كذلك بأن هناك فرقاً بين ما إذا نقص الشئ نقصاً لا يفوت به غرض المالك وبين ما إذا نقص نقصاً يفوت به غرض المالك ، فالأول لا يطـيح بالشـئ ولا يعدمه ومن هنا يمكن تعويضه بأرش نقصه ، أما الثانى فإنه يطيح بالشـئ ويحوّله إلى هيكل لا تتحقق من ورائه الفائدة المرجوة منه ، والتى يحددها المالك وحده لا غيره ، فوجب أن يلحق بتلفه ....**والله تعالى أعلم** .



الفرع الثالث

الحكم لو تغير المغصوب بالزيادة المتصلة غير المتولدة

إذا كـــان المغصوب قد زاد في فترة غصب زيادة متصلة غير متولدة عنه ، فإن هـــذه الـــزيادة إما أن تكون قد حدثت بإضافة الغاصب إلى المغصوب من ماله مالَهُ عين قائمـــة ، كما لو كان المغصوب ثوباً أو سجّاداً فصبغه ، أو كان بناء فبيضه ونقشه ، أو كـــان كتاباً فجلده " . وإما أن تكون قد حدثت دون أن يضيف الغاصب إلى المغصوب من مالـــه مالَهُ عين قائمة ، كما لو كان المغصوب ثوباً فخاطه أو نسجه أو رفاه أو قصره أو غسله ، وكما لو كان حباً فزرعه وتعهده بالرعاية حتى صار زرعاً ، وكما لو كان بيْضاً فحضنه حتى صار فراخاً ، وما إلى ذلك . ولكل فرض من هذين الفرضين حكمه :

الفرض الأول : الزيادة بإضافة الغاصب إلى المغصوب من ماله مالَهُ عين قائمة:

إذا كانت زيادة المغصوب قد حدثت بإضافة الغاصب إليه من ماله مالَهُ عين قائمة ، فإنه يفرق بين ما إذا كان يمكن إزالة هذه العين **القائمة** وإعادة المغصوب كما كان يوم غُصب ، كما لو كان المغصوب أرضاً فبنى الغاصب عليها ، أو غرس فيها ، وبين ما إذا كان لا يمكن إزالة العين الزائدة وإعادة المغصوب كما كان يوم غَصب ، كما لو كان المغصوب ثوباً أو سجاداً فصبغه الغاصب :

أ- فـــإذا كـــان من الممكن إزالة العين الزائدة وإعادة المغصوب على حاله وقت الغصب ، كان للمغصوب منه أن يطالب الغاصب بإعادة المغصوب على حاله كما كان ، وإزالة ماله فيها ، فإن طلب إليه ذلك ، لزم **الغاصب** تنفيذه باتفاق الفقهاء[١] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : "**ليس لعرق ظالم حق**"[٢].

---

(١) الهداية ١٣٩٣/٤ ، تنوير الأبصار والدر المختار ٢٣٤/٩ ، بداية المجتهد ٣٨٠/٢ ، التاج والإكليل ٣٢١/٧ ، منهج الطـــلاب وفـــتح الوهاب ١٢٢/٣ ، المنهاج ومغنى المحتاج ٢٩٣/٢ ، المغنى والشرح الكبير ٣٧٩/٥ ، ٣٨٠ ، ٣٨٧ ، وفيهما : "أنه إذا غرس في أرض غيره بغير إذنه أو بنى فيها ، فطلب صاحب الأرض قلع غراسه أو بنائه ، لزم الغاصب ذلك ، ولا نعلم فيه خلافاً " ، المقنع والإنصاف ١٢٦/٦ ، الروضة الندية ١٥٠/٢ .

(٢) جزء من حديث رواه أبو داود عن سعيد بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :"من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حقّ ". وبهذا اللفظ رواه مالك والشافعي والبيهقي والدار قطني وابن أبي شيبة مرسلاً عن هشام بن عروة عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم . ورواه البغوي في شرح السنة عن هشام بن عروة عن أبيه يرفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم . ورواه الإمام أحمد في حديث طويل عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه . وعقب صاحب مجمع الزوائد على رواية أحمد بقوله : "وفيه إسحاق بن يحيى ، وهو لم يدرك عبادة ". ورواه البخاري معلقاً عن عمرو بن عوف . قال في الفتح

ولأن الغاصب شغل ملك غيره بملكه الذى لا حرمة له فى نفسه بغير إذنه ، فلزمه تفريغه كما لو جعل فيه قماشاً[١] .

ولأن ملك صاحب الأرض باق ، فإن الأرض لم تستهلك ، والغصب لا يتحقق فيها ، ولابد للملك من سبب ، فيؤمر الشاغل بتفريغها كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه[٢]

وإذا أراد المغصوب منه أن يأخذ المغصوب بزيادته ويعوض الغاصب عن هذه الزيادة ، كان له ذلك إن وافقه عليه الغاصب ؛ لأن الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه[٣] .

ب- وإن كان لا يمكن إعادة المغصوب على حاله بإزالة العين الزائدة عنه :

فذهب الحنفية والمالكية إلى أن المالك يخير بين أخذ العين المغصوبة بزيادتها وتعويض الغاصب عن هذه الزيادة ، وبين ترك العين المغصوبة وتضمين الغاصب قيمتها يوم الغصب[٤].

أما الخيار الأول ؛ فلأن الثوب ملكه ، لبقاء اسمه ومعناه ، وللغاصب فيها عين مال متقوم قائم ، فلا سبيل إلى إبطال ملكه عليه من غير ضمان ، فكان الأخذ بضمان رعاية للجانبين .

وأما الخيار الثانى ؛ فلأنه لا سبيل إلى جبره على أخذ العين المغصوبة ، إذ لا يمكن أخذها إلا بضمان ، وهو قيمة الزيادة التى أحدثت فيها ، ولا سبيل إلى جبره على الضمان ؛ لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان منه[٥] .

وأضاف بعض الحنفية أن للمغصوب خياراً ثالثاً ، وهو أن تباع العين المغصوبة

=:"وله شاهد قوى أخرجه أبو داود من حديث سعيد بن زيد .....وفى الباب عن عائشة أخرجه أبو داود الطيالسي وعن سمرة عند أبي داود والبيهقي وعن عبادة وعبد الله بن عمر ، وعند الطبراني ، وعن أبي أُسَيد عند يحيى بن آدم فى كتاب "الخراج" وفى أسانيدها مقال ، لكن يتقوى بعضها ببعض " أهـ (سنن أبي داود ١٧٨/٣ (٣٠٧٣) ، الموطأ ٤٣/٢ (٢٦) ، مسند الإمام الشافعي ص ٢٢٤ ط دار الكتب العلمية – بيروت – ، سنن البيهقي ، كتاب الغصب ٩٩/٦ ، ١٤٣ ، ١٤٧ ، ١٤٨ ، سنن الدار قطني ٣٦/٣ ، ٢١٧/٤ ، مصنف ابن أبي شية ٢٨٤/٦ (٤) ، شرح السنة للبغوى ٢٣٠/٨ (٢١٦٧) ، مسند الإمام أحمد ٣٢٧/٥ ، مجمع الزوائد ١٧٤/٤ ، فتح البارى ٢٣/٥ ، ٢٤).

(١) المغنى والشرح الكبير ٣٨٠/٥ ، ٣٨٧).

(٢) الهداية ١٣٨٣/٤ ، نتائج الأفكار لقاضى زاده ٣٤٣/٩ ، ٣٤٤ .

(٣) تبيين الحقائق ٢٢٩/٥ ، التاج والإكليل ٣٢١/٧ ، ٣٢٢ ، الهداية ١٣٨٣/٤ ، مغنى المحتاج ٣٩٣/٢ ، المغنى والشرح الكبير ٣٨٠/٥ ، ٣٨٧ ، الروضة الندية ١٥٠/٢ .

(٤) البدائع ٢٣٧/٧ ، تنوير الأبصار والدر المختار ورد المحتار ٢٣٦/٩ ، ٢٣٧ ، تبين الحقائق ٢٢٩/٥ ، ٢٣٠ الهداية ١٣٨٣/٤ ، بداية المجتهد ٣٨١/٢ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٥٤/٣ ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٣٢٨/٧ ، ٣٢٩ .

(٥) البدائع ٢٣٧/٧ .

ويقسم الثمن على المغصوب منه والغاصب على قدر حقهما ؛ لأن العين ملك المغصوب منه ، والزيادة ملك الغاصب ، والتمييز بينهما متقدم ، فصارا شريكين في العين ، فتباع ويقسم الثمن عليهما على قدر حقهما .

وإنما كان الخيار للمغصوب منه وليس للغاصب ، مع أن للغاصب في العين ملكاً أيضاً وهو الزيادة ؛ لأن العين أصل والزيادة تابعة لها ، فتخيير صاحب الأصل أولى من تخيير صاحب التبع[1].

وبنحو هذا الوجه قال الشافعية والحنابلة والإمامية ؛ حيث ذهبوا إلى أن المغصوب منه والغاصب يشتركان في الزيادة الحاصلة بالمغصوب ، كل بنسبة ماله ؛ لأنها نماء ما لهما . وعليه فيجب أن تباع العين ويقسم ثمنها عليهما على قدر حقهما .

فمثلاً ؛ لو كان المغصوب ثوباً أو سجاداً وقام الغاصب بصبغه ، وتعذر نزع الصبغ منه ، فإن الغاصب والمغصوب منه يكونان شريكين في هذا الثوب ، كل بنسبة ماله ، فلو كانت قيمة الثوب قبل الصبغ عشرة ، وأصبح بعد الصبغ يساوى خمسة عشر . فإن هذا الثمن يقسم بينهما أثلاثاً : ثلثان لصاحب الثوب ، وثلث لصاحب الصبغ.[2]

الفرض الثاني : زيادة المغصوب دون أن يضيف إليه الغاصب من ماله ما له عين قائمة :

وإذا كان المغصوب قد زاد زيادة ذاتية ، دون أن يضيف إليه الغاصب من ماله ما له عين قائمة ، كما لو كان المغصوب مريضاً فداواه حتى برأ وصح ، أو كان حباً فزرعه حتى نبت وصار زرعاً ، أو كان بيضاً فحضنه حتى صار فراخاً أو نوى فصار شجراً ، أو كان أرضاً فيها زرع أو شجر فسقاه وأنفق عليه حتى انتهى بلوغه ، أو كان ثوباً فغسله أو قصره وما إلى ذلك . فإن المغصوب وزيادته في هذه الحالة للمغصوب منه ، ولا شئ للغاصب لقاء عمله ؛ لأنه ليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم . وإنما الزيادة نماء ملك المالك . والغاصب وإن كان قد أنفق من ماله في بعض هذه الأعمال ، إلا أنه لا يستحق شيئاً أيضاً ؛ لأنه أنفق على مال الغير بغير إذنه فكان متبرعاً[3].

---

(١) البدائع ٢٣٧/٧ ، تبيين الحقائق ٢٣٠/٥ ، الهداية ١٣٨٤/٤ ، العناية للبابرتى ٣٤٤/٩ .

(٢) شرح المحلى وحاشية القليوبى ٣٩/٣ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ١٢٢/٣ ، مغنى المحتاج ٣٩٤/٢ ، المغنى ٥/ ٤٣١ ، ٤٣٢ ، الكافى ٣٩٦/٢ ، المحرر ٣٦١/١ ، المقنع والإنصاف ١٥٥/٦ ، ١٥٦ والشرح الكبير ٤١٢/٥ ، الروضة البهية ٥٣/٧ ، ٥٤ .

(٣) البدائع ٢٣٩/٧ ، ٢٤٠ ، بداية المجتهد ٣٨١/٢ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ١٢١/٣ ، الحاوى ١٩٧/٧ ، مغنى المحتاج ٣٩٣/٢ ، شرح المحلى وحاشية القليوبى ٣٨/٣ ، المغنى والشرح الكبير ٣٩٨/٥ ، ٤٠٥ ، المقنع والإنصاف ١٤١/٦ ، الكافى ٩٣٦/٢ ، المحرر ٣٦١/١ ، اللمعة الدمشقية والروضة البهية ٥٨/٧ .

المطلب الثانى
موقف القانون الوضعى من دعوى غصب المجهول والحكم فيها

الغصب فى قانون العقوبات المصرى من جرائم الاعتداء على الأموال[١].

وارتكاب هذا النوع من الجرائم ينتج عنه حقان: أحدهما : حق الدولة فى توقيع عقاب على الجانى ، وتحميه الدعوى الجنائية . والآخر : حق المضرور فى تعويض ما أصابه من ضرر من جراء الجريمة المرتكبة ، وتحميه الدعوى المدنية .

والدعوى الجنائية – كما سبق وعرفنا – تختص النيابة العامة بتحريكها ، وتشاركها فيها عدة جهات أخرى فى أحوال خاصة .

فإذا ما رفعت هذه الدعوى ، وتحققت المحكمة من توافر أركان جريمة الغصب[٢] ، وجب عليها أن تحكم بحبس المدعى عليه – الغاصب[٣] – حبساً مطلقاً ، إذا كانت الجريمة قد وقعت تامة . أما إذا كانت قد وقفت عند حد الشروع ، كان عليها أن تحكم بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين[٤] وقد نصت على ذلك المادة ٢٨٣ عقوبات ؛ حيث قالت : "كل من حصل بالتهديد على إعطائه مبلغاً من النقود أو أى شئ آخر ، يعاقب بالحبس . ويعاقب على الشروع فى ذلك بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين".

وواضح أن هذه الدعوى لا تعتبر دعوى بمجهول ؛ لأن المطلوب فيها هو توقيع العقوبة الجنائية المنصوص عليها فى قانون العقوبات . وهى واضحة وجلية ، ولا تكلف القاضى جهداً ، ولا تحتاج منه اجتهاداً حتى تعرف .

---

(١) وجرائم الاعتداء على الأموال هى الجرائم التى تنال بالاعتداء أو تهدد بالخطر ، الحقوق ذات القيمة المالية . (د.محمود نجيب حسنى – الموجز فى شرح قانون العقوبات – القسم الخاص ص ٦٠٧ ، د.جودة جهاد – القسم الخاص فى قانون العقوبات ص ٢٠٤).

(٢) وأركان هذه الجريمة تتلخص فى الفعل الإجرامى المتمثل فى الحصول على مبلغ من النقود أو أى شئ آخر ذى قيمة مادية أو أدبية من المجنى عليه ، تحت تأثير التهديد بأى فعل من شأنه تخويفه وحمله على تسليم ما طلب منه ، حالة كون الجانى راغباً فى ذلك ، عالماً بأن لا حق له فيما حصل عليه . (راجع تفصيل ذلك فى القسم الخاص فى قانون العقوبات – جرائم الأشخاص – د.جودة جهاد ص ٣٢٤ وما بعدها)

(٣) وعقوبة الحبس تعنى وضع المحكوم عليه فى أحد السجون المركزية أو العمومية ، المدة المحكوم بها عليه . ولا يجوز أن تقل عن ٢٤ ساعة ، ولا أن تزيد على ثلاث سنوات ، إلا فى الأحوال الخاصة المنصوص عليها قانوناً . (م ١٨ ع – الجريمة والمجرم والجزاء د.رمسيس بهنام ص ٥٩٦ ط ٢ سنة ١٩٧٦ – منشأة المعارف – الإسكندرية).

(٤) د.جودة حسين جهاد . القسم الخاص فى قانون العقوبات ص ٣٢٩ ، أ جندى عبد الملك – الموسوعة الجنائية ٣٨/٢ وما بعدها ط دار المؤلفات القانونية – بيروت .

أما الدعـوى المدنـية التى يحق للمضرور رفعها ، فهى دعوى التعويض التى يطالـب فـيها بتعويض ما أصابه من ضرر من جراء ارتكاب هذه الجريمة . وفى هذه الدعـوى يحق للمدعى مطالبة المتهم – إضافة إلى التعويض – برد المغصوب بعينه إن وجد ، أو بدفع قيمته[1].

فـإذا ما رفعت هذه الدعوى ، كان على المحكمة أن تحكم للمدعى برد المغصوب وبالـتعويض . والـتعويض هنا يأخذ صورتين :**إحداها** : التعويض المادى أو الأدبى . **والثانية** : المصاريف القضائية .

أمـا الـتعويض والمصـاريف القضائية ، فقد سبق أن تعرضنا لهما فى المبحث السابق . إلا أنه ينبه هنا إلى أن هذا التعويض يحكم به بالإضافة إلى رد الشئ المغصوب إذا كان قائماً ، أو قيمته إذا تعذر رده عيناً .

مثال ذلـك : لو اغتصب عقار بالقوة ، فلصاحبه الحق فى طلب التعويض مقابل حرمانه من الانتفاع به أو استغلاله فى خلال مدة الاغتصاب ، بالإضافة إلى استرداده[2].

وأما الرد : فله معنيان : أحدهما عام ، والآخر خاص :

فالرد بمعناه الخاص يعـنى إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الجريمة . أى إعادة المال الذى أخذه الغاصب عن طريق ارتكاب جريمة الغصب إلى مالكه أو حائزه . أو الحكم ببطلان السند المزور ، أو الذى اغتصب عليه توقيع المدعى بالقوة أو التهديد ، أو إعادة وضع اليد على العقار الذى نزعت حيازته من المجنى عليه بالقوة[3].

والرد فى هذا المعنى يستند إلى الحق فى الملكية ، أو إلى الحيازة القانونية الثابتة للمدعى قبل وقوع الجريمة[4].

ويلاحظ أن الرد لا يكون إلا إذا كان الشئ المغصوب قائماً بذاته ، فلا يجوز رد الـبدل . فإذا كان الغاصب قد باع الشئ المغصوب ، واشترى بثمنه شيئاً آخر ، فلا يرد

---

(١) د. سامح جاد – الإجراءات الجنائية ص ١٢٢ .

(٢) د.عمر السعيد رمضان – مبادئ قانون الإجراءات الجنائية ص ١٧٩ سنة ١٩٦٧ ، د.سامح السيد جاد . الإجراءات الجنائية ص ١١٨ .

(٣) د.رؤوف عبـيد – مبادئ الإجراءات الجنائية ص ١٨٧ ، د.عمر السعيد رمضان – مبادئ قانون الإجراءات الجنائية ص ١٨٧ ، د.مأمون سلامة – الإجراءات الجنائية ١/ ٣٨٠ ، د.سامح جاد – الإجراءات الجنائية ص ١٢١ .

(٤) د.محمد عيد الغريب – شرح قانون الإجراءات الجنائية ١/٣٣٥ .

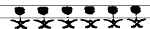
هذا الشئ الآخر بدل المغصوب ؛ لأن الحلول العينى غير جائز فى هذه الحالة ، وإن جاز أن يرد ثمن الشئ المغصوب[١].

هذا عن الرد بمعناه الخاص . **أما الرد بمعناه العام** ، فهو يشمل كل تدبير يهدف مباشـــرة إلى إنهاء الحالة الواقعية الناشئة عن الجريمة ، على نحو تعود به الحالة إلى ما كانـــت عليه قبل الجريمة . كما لو كان المغصوب أرضاً ، وأقام عليها الغاصب مبنى ، فالـــرد فى هذه الحالة يتمثل فى هدم هذا المبنى وتسوية الأرض وإعادتها إلى الحالة التى كانت عليها قبل الغصب .

والـرد فـى هـذه الحالة ، صورة من صور استعادة أصل الحق ، المعروفة فى القانون الرومانى[٢].

وإذا كـــان الرد إنما يكون بحكم من المحكمة ، إلا أن المواد من ١٠٠ إلى ١٠٩ إجـــراءات جنائية ، أعطت لكل شخص يدعى حقاً فى الأشياء المضبوطة ، أن يطلب إلى المحقـــق تســـليمها فـــوراً ، دون انتظار أن يصدر حكم من المحكمة ، إلا إذا كانت هذه الأشـــياء لازمة للسير فى الدعوى ، أو كانت محلاً للمصادرة . وأجازت هذه المواد لمن يطلب الرد ويُرفض طلبه ، التظلم أمام محكمة الجنح المستأنفة منعقدة فى غرفة المشوْرة ، وللمحكمة أن تحكم بالرد .

وهـــذه النصـــوص مـــتعلقة بالأشياء التى تضبط فعلاً بمعرفة السلطات العامة . والمدعـــى المدنـــى له الحق فى الاستفادة من هذه النصوص ، ويسترد الأشياء التى فقدها بالجريمة إذا كانت هذه الأشياء قد ضبطت بواسطة السلطة العامة[٣].



---

(١) نقـــض جـــنائى ١٩٤٦/٤/٢٩ – مجموعة القواعد القانونية جـــ٧ رقم ١٤٤٦ ص ١٣٥ ، د.محمد عيد الغريب – شرح قانون الإجراءات الجنائية ٣٣٥/١ ، د.سامح جاد – الإجراءات الجنائية ص ١٢٢ .

(٢) د.محمد عيد الغريب – شرح قانون الإجراءات الجنائية ٣٣٥/١ .

(٣) د.سامح السيد جاد . الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى ص ١٢١ .

المطلب الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في دعوى غصب المجهول والحكم فيها

بالنظر في الأحكام الخاصة بدعوى غصب المجهول في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، نجد أن بينهما أوجه اتفاق أهمها :

١- أن الغصب في كل منهما محرَّم ومجرَّم ؛ باعتبار أنه تعدٍ على حقوق الآخرين ، وأكل لأموال الناس بالباطل .

٢- أن كلا منهما قرر عقوبة جنائية لجريمة الغصب ، فالفقه الإسلامي أوجب على الحاكم تعزير الغاصب بالعقوبة التي يراها مناسبة لحجم الجريمة المرتكبة . وقانون العقوبات قرر أن تكون هذه العقوبة هي الحبس المطلق إذا كانت الجريمة تامة ، أو الحبس لمدة لا تتجاوز سنتين إذا وقفت عند حد الشروع.

٣- أن كلا منهما حريص على إعادة الحق لصاحبه الذي اغتصب منه .

إلا أن الفقه الإسلامي في بيانه للأحكام التي يجب تطبيقها في هذه الدعوى قد بينها بياناً شافياً كافياً ، فأوفاها على الغاية ؛ إذ لم يترك الفقهاء المسلمون فرضاً يمكن حدوثه للشئ المغصوب في فترة الغصب ، إلا واجتهدوا في استنباط حكمه من مصادر الشريعة الغراء ، فبينوا حكم ما إذا كان المغصوب باقياً ، وحكم ما إذا كان قد تلف ، وما إذا كان قد طرأ عليه تغير بالزيادة المتولدة أو غير المتولدة . وما إذا كان قد طرأ عليه تغير بالنقص وهو حيوان أو غير حيوان ، وما إلى ذلك كما هو واضح .

بينما لم يبين القانون الوضعي إلا حكم ما إذا كان المغصوب قائماً بعينه ، وما إذا كان يتعذر رده ، فأوجب رده في الحالة الأولى ، ورد ثمنه في الحالة الثانية . وما عدا هاتين الحالتين ، فلم يبين القانون حكمه من قريب ولا من بعيد ، كما أن فقهاءه لم يجتهدوا في استخراج هذه الأحكام ، رغم أهميتها الواضحة ، وضرورتها لحفظ الحقوق لأصحابها

...... وبالله التوفيق .

******

الفصل الثانى

أحكام الدعوى بالمجهول فى مجال الغنيمة والفئ فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

تمهيد وتقسيم :

تعرف الغنيمة بأنها : كل ما أخذ من المشركين قهراً - بقتال - بإيجاف خيل أو ركاب .

ويعرف الفئ بأنه : كل ما أخذ من المشركين عفواً بغير قتال ولا إيجاف خيل ولا ركاب . كالذى تركوه فزعاً من المسلمين وهربوا ، والجزية ، وعشر أموال أهل دار الحرب إذا دخلوا إلينا تجاراً ، ونصف عشر تجارات أهل الذمة ، وخراج الأرضين ، ومال من مات من المشركين ولا وارث له[١].

وقد اتفق الفقهاء على وجوب تخميس أموال الغنيمة المنقولة[٢] ، تطبيقاً لقوله تعالى : ﴿ **واعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل** ﴾ . وقالوا بوجوب قسمة أربعة أخماسها على من شهدوا المعركة[٣] . وقال أكثرهم بوجوب قسمة خمسها على هؤلاء الذين نصت عليهم الآية الكريمة . وخالف المالكية فقالوا بأن الخمس كله لبيت مال المسلمين[٤].

---

(١) الحاوى ٣٨٦/٨ ، العزيز للرافعى ٣٢٥/٧ ، ٣٤٥ ، الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٣٥ ، شرح الخرشى وحاشية العدوى ١٢٩/٣ ، بداية المجتهد ٥١٧/١ ، ٥٣٣ ، دليل الطالب ومنار السبيل ١٧٧/١ ، المغنى ٢٩٧/٧ ، تفسير ابن كثير ٣١٧/٢ ، ٣٣٥/٤ . والمقصود بالركاب : الإبل خاصة . والإيجاف : الحركة فى السير إليه . فكل ما أخذ من مال المشركين بغير ذهاب إليه فهو فئ ..وكل ما أخذ من أموالهم بعد التحرك إليهم ومجاهدتهم فهو غنيمة ، سواء أخذ عنوة أو استحلوا أهله بأمان . (المغنى ٢٩٨/٧ ، ٢٩٩ ، تفسير ابن كثير ٣٣٥/٤). .

(٢) أما العقارية فقد اختلفوا فيها : هل تخمس كالمنقولة ؟ أو توقف على مصالح المسلمين ؟ أو يخير الإمام بين تخميسها ووقفها ؟ إلى ثلاثة آراء يخرج بحثها عن نطاق موضوعنا .

(٣) صدر الآية ٤١ من سورة الأنفال . وانظر : بداية المجتهد لابن رشد ٥١٧/١ وفيه : "واتفق المسلمون على أن الغنيمة التى تؤخذ قسراً ..ما عدا الأرضين ، أن خمسها للإمام ، وأربعة أخماسها للذين غنموها " ، ونحو هذا فى المغنى ٣٠٠/٧ ، وانظر : الهداية وشرحها ٤٩٢/٥ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٣٥٦/٣ ، المحلى لابن حزم ٣٨٨/٥ ، شرائع الإسلام ٣٢٤/١ ، السيل الجرار ٥٤٣/٤ ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٩/٨ ، أحكام القرآن لابن العربى ٨٥٥/٢ ، أحكام القرآن للجصاص ٥٠/٣ ، ٥١ ، المنتخب فى تفسير القرآن الكريم ص ٢٤٩).

(٤) وسيأتى توضيح ذلك فى ص ٦٠٧ .
هذا وقد ذهب كثير من العلماء المعاصرين إلى تقسيم الغنائم على هذا النحو ليس تشريعاً ثابتاً دائماً يلزم الإمام بتطبيقه فى كل زمان ، وإنما هو أمر موقوف على رأيه واجتهاده ، فله أن يخمسها ويقسم أربعة أخماسها على الغانمين ، وله أن لا

علـــى أن هـــناك فئات أخرى لها حق فى هذه الأموال ، وهم أصحاب الرضخ ، وأصحاب النفل . وهؤلاء يعطون حقهم من أربعة أخماس الغنيمة ، أو من خمسها أو من خمس خمسها المرصد للمصالح العامة – على خلاف بينهم فى ذلك –.

واختـلف الفقهاء فى أموال الفئ المنقولة (1) : هل توقف على مصالح المسلمين العامة أو تخمس ؟

فذهب الجمهـور إلـــى أن الفئ لجميع المسلمين غنيهم وفقيرهم ، وأن للإمام أن يعطـــى مـــنه للمقاتلة والحكام والولاة وللقضاة والمحتسبين والمعلمين . وينفق منه على مصـــالح المسلمين العامة ، كبناء الحصون والمساجد والقناطر والمدارس والمستشفيات ،

=يخمسها ويصرفها فى المصالح العامة لجميع المسلمين بحسب ما تمليه عليه المصلحة ، إلا أنهم قالوا بأنه إذا اختار الإمام الخيار الـــثانى ، فإنه ينبغى عليه أن يمنح المقاتلين جعلاً مالياً كمكافآت تشجيعية ؛ تطييباً لخاطرهم ، وحثاً لهم على بذل المزيد من الجهـــود . (المدخـــل الفقهى العام – الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد أ.مصطفى الزرقاء ١٦٤/١ ، ١٦٥ (هامش) ، آثار الحـــرب فى الفقه الإسلامى د.وهبة الزحيلى ص ٦٠٩ ، ٦١٠ ، ٦٣٤ ، ٦٣٥ ، ط ٤ دار الفكر – دمشق سنة ١٤١٢ هـــ – ١٩٩٢م ، الفقه الحنبلى الميسر د.وهبة الزحيلى ٢٤٤/٤ ، اقتصاديات الحرب فى الإسلام د. غازى بن سالم بن لافى الـــتمام ص ١٩٥ ، ١٩٦ ط ١سنة ١٤١١هـــ – ١٩٩٠م – مكتبة الرشد – جدة – ، فقه السنة للشيخ سيد سابق .

وقد نقل هذا الرأى أيضاً الدكتور وهبة الزحيلى فى رسالته آثار الحرب فى الفقه الإسلامى ص ٦١٠ عن الإمام الفزارى من الشافعية فى كتابه المسمى برسالة الرخصة العميمة فى شرح الغنيمة ق ٣٤٣ ب. وهو أيضاً رأى لبعض الشافعية حيث قالوا : إنْ شَرَطَ الإمام على الجنود عدم تخميس الغنيمة لضرورة ، لم يخمس . لكنه موصوف بالشذوذ والبطلان . (مغنى المحتاج ٣ /١٣٠) كما نسب هذا الرأى الإمام الماوردى فى الأحكام السلطانية ص ١٤٤ للإمام مالك . لكنى لم أجده فيما توافر لدى مـــن كتـــب المالكية ، بل إن فى بعضها : "لا خلاف أن من كملت فيه ست صفات استحق الغنيمة ، وهى الإسلام والعقل والبلوغ والحرية والذكورية والصحة وحضور الوقيعة " (التاج والإكليل للمواق ٥٧٣/٤) ، ونحو هذا فى بداية المجتهد ١/ ٥١٧ ، ٥١٨ . وقد انتهى هؤلاء العلماء المحدثون إلى أن ما تقوم به الدول الآن من عدم قسمة الغنائم بين الغانمين ورصدها للمصالح العامة ، أمر مشروع ولا حرج فيه . واستندوا فى ذلك إلى عدة استدلالات أهمها : (أ) أن عدم توزيع الغنائم على الغانمين فى العصر الحديث ، يعد من قبيل الاستصلاح أو المصالح المرسلة ؛ وذلك لتغير ظروف القتال ، وتمتع الجنود فى هذا العصـــر بمزايا مادية تضمن لهم ولمن يعولون حياة كريمة ، سواء قاتلوا أو لم يقاتلوا . (ب) أن أمر توزيع أربعة أخماس الغنائم على الغانمين ، جاءت به السنة الشريفة ، وروده فى السنة إنما كان بحسب قواعد الشريعة من السياسة الشرعية التى يجوز تغـــيرها بـــتغير الظـــروف .(جـــ) أن طبيعة أغلب الغنائم فى العصر الحديث ، تأبى أن يتملكها أفراد ؛ إذ إنها تتكون من الدبابات والعربات المصفحة والمدافع والرشاشات والسفن والطائرات وما إلى ذلك ، بخلاف الوضع فى الماضى " .

(١) أمـــا العقارية ، فقد اتفقوا على أنها تنتقل ملكيتها إلى بيت مال المسلمين بمجرد الاستيلاء عليها ، وتعتبر أملاك دولة . (تنوير الأبصار والدر المختار ورد المحتار ١٧٠/٦ ، شرح فتح القدير ٤٦٩/٥ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١٨٩/٢ ، القوانين الفقهية ص ١٤٧ ، الحاوى ٢٦٦/١٧ ، الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٤١ ، الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ١٤٨ ، المغنى ٥٧٩/٢ ، شرائع الإسلام ٣٢٢/١ ، البحر الزخار ٤٤٢/٦ ، آثار الحرب فى الفقه الإسلامى د.وهبة الزحيلى ص ٥٧٤ ، ٥٧٥ ط٤ دار الفكر – دمشق – سنة ١٤١٢هـــ – ١٩٩٢م).

وتعبيد الطرق وحفظها من اللصوص ، وسد الثغور ، وإعداد آلة الحرب وما إلى ذلك ، ولا خمس في شئ منه(١).

وذهب الشافعي وأحمد في رواية إلى وجوب تخميس أموال الفئ كأموال الغنيمة ، فيصرف خمسها فيما يصرف فيه خمس الغنيمة سواء بسواء . أما أربعة أخماسها فللشافعي فيها قولان :

أحدهما – وهو الأظهر – : أنها للجيش خاصة ، لا يشاركهم فيها غيرهم ؛ ليكون معداً لأرزاقهم ، وقد وافقه في هذا القول القاضي أبو يعلى من الحنابلة .

والثاني : أنها تصرف في مصالح المسلمين العامة ، التي منها أرزاق الجيش وما لا غنى للمسلمين عنه(٢).

وقطعاً فإن كل واحد من مستحقي الغنيمة يجهل مقدار ما يستحق ، وهم معذورون في ذلك ؛ للجهل بحجم أموال الغنائم وأعداد المستحقين . كذلك فإن توزيع الفئ على مستحقيه – سواء قلنا بمذهب الجمهور أو بمذهب الشافعي – موكول إلى اجتهاد الحاكم ؛ ولهذا فإنه لا يلزم أياً من مستحقي الغنائم أو الفئ تحديد مقدار ما يستحقه في الدعوى به وقد جاء في أشباه السيوطي ضمن مسائل الدعوى بالمجهول : " الثانية عشرة : شاهد الوقعة يطلب حقه من الغنيمة ، ويدعي بذلك على أمير السرية ، والإمام يعين له ما يقتضي الحال. التاسعة عشرة : مستحق الرضخ ، المستحق يطلب حقه من الغنيمة كذلك . وكذلك فيما إذا انفرد النساء والصبيان والعبيد بغزوة . العشرون : المشروط له جارية مبهمة في الدلالة على القلعة ، يدعي بها على أمير السرية ، والإمام يعين له جارية من الموجودات في القلعة . الحادية والعشرون : مستحق السلب إذا كان للمسلوب جنائب ، فإنه يدعي على أمير السرية عند الإمام بحقه من جنيبة قتيله .

---

(١) البدائع ١٧٢/٧ ، الهداية والعناية وفتح القدير ٢٥/٦ ، بداية المجتهد ٥٣٣/١ ، النوادر والزيادات ٣٨٩/٣ ، ٣٩٠ ، القوانين الفقهية ص ١٤٩ ، الذخيرة ٤٣٢/٣ ، شرح الخرشي وحاشية العدوي ١٢٩/٣ ، منار السبيل ٢٧٧/١ ، المغني ٢٩٩/٧ وفيه : "وهذا قول عامة أهل العلم" ، الأموال لأبي عبيد ص ٢٧٤ ، تحقيق خليل محمد هراسي ط ٢ دار الفكر سنة ١٤٠٨هـ – ١٩٨٨م ، البحر الزخار ٤٤٢/٦ ، فتح الباري ٢٤٠/٦ .

(٢) الحاوي ٤٤٢/٨ ، الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٣٠ ، ١٣١ ، الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ١٣٨ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمي ٣٤٧/٣ ، ٣٤٨ ، ٣٥٠ ، مغني المحتاج ١١٩/٣ ، ١٢٢ ، الأموال لأبي عبيد ص ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، شرح فتح القدير ٢٦/٦ وفيه : "وذكروا أن قوله – الشافعي – في الجزية مخالف للإجماع . قال الكوفي : ما قال به أحد قبله ولا بعده ولا في عصره" ، بداية المجتهد ٥٣٣/١ وفيه : "وأما تخميس الفئ فلم يقل به أحد قبل الشافعي" ، ونحو هذا في المغني ٢٩٩/٧ .

والإمام يعين له ما يراه على الأرجح . الثانية والعشرون : مستحق الفئ يدعى على عمال الفئ والغنيمة حقه ، والإمام يعطيه ما تقتضيه حاجته . الثالثة والعشرون : من يستحق الخمس سوى المصالح وذوى القربى ، يدعى واحد منهم على عمال الفئ حقه ، والإمام يعطيه ما يراه ما يقتضيه شرعاً[1].

وفيما يلى بيان الحكم فى كل من هذه الدعاوى فى الفقه الإسلامى وموقف القانون الوضعى منها ، وذلك فى ستة مباحث على النحو التالى :

المبحث الأول : الحكم فى دعوى شاهد الوقعة فى الفقه الإسلامى .

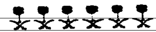
المبحث الثانى : الحكم فى دعوى الرضخ فى الفقه الإسلامى .

المبحث الثالث : الحكم فى دعوى النفل فى الفقه الإسلامى .

المبحث الرابع : الحكم فى دعوى مستحق الفئ فى الفقه الإسلامى .

المبحث الخامس : الحكم فى دعوى مستحق الخمس سوى المصالح فى الفقه الإسلامى .

المبحث السادس : موقف القانون الوضعى من هذه الدعاوى وأحكامها .



---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠٢ .

المبحث الأول
الحكم في دعوى شاهد الوقعة
في الفقه الإسلامي

شاهد الوقعة هو من حضر الوقعة من أهل القتال بنية القتال وإن لم يقاتل[(١)].

وأهل القتال هم من توافرت فيهم شروط وجوب القتال ، وهى الإسلام ، والبلوغ ، والعقل ، والحرية ، والذكورية ، والسلامة من الضرر ، ووجود النفقة .

فكل من استجمع هذه الشروط ، كان من أهل القتال ، فإن حضر المعركة بنية القتال فقد شهد الوقعة وإن لم يقاتل بالفعل ، واستحق أن يسهم له من الغنيمة[(٢)].

ولما كان شاهد الوقعة هذا يتعذر عليه معرفة مقدار ما يستحقه من الغنيمة ، كان له أن يطلبه عن طريق القضاء مجهولاً[(٣)].

والحكم في هذه الدعوى يتوقف على معرفة طريقة تقسيم أربعة أخماس الغنيمة على الغانمين ، تلك الطريقة التى تختلف باختلاف حال المقاتل ؛ لأنه إما أن يكون راجلاً ، وإما أن يكون فارساً . فإن كان راجلاً ، استحق سهماً منها باتفاق الفقهاء[(٤)]. وإن كان فارساً ، فقد احتدم الخلاف بين الفقهاء (قديماً) فى مقدار ما يستحق :

فذهب عامتهم إلى أنه يستحق ثلاثة أسهم : سهماً له وسهمين لفرسه . قال فى المغنى : "أكثر أهل العلم على أن الغنيمة تقسم للفارس منها ثلاثة أسهم ؛ سهم له وسهمان لفرسه ، وللراجل سهم . قال ابن المنذر : هذا مذهب عمر بن عبد العزيز ، والحسن ، وابن سيرين وحسين بن ثابت وعوام علماء الإسلام فى القديم والحديث ، منهم مالك ومن تبعه من أهل المدينة ، والثورى ومن وافقه من أهل العراق ، والليث بن سعد ومن تبعه

---

(١) المناهج مع مغنى المحتاج ١٣١/٣ ، المقنع مع الإنصاف ١٥٢/٤ .

(٢) وقد اتفق الفقهاء على ذلك . قال الإمام الموّاق : " لا خلاف أن من كملت فيه ست صفات ، استحق الغنيمة ، وهى : الإسلام والعقل والبلوغ والحرية والذكورة والصحة وحضور الوقيعة " (التاج والإكليل ٥٧٣/٤ ، ونحو هذا فى بداية المجتهد ٥١٨/١ ، وانظر أيضاً : البدائع ١٨٦/٧ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١٩٢/٢ ، نهاية المحتاج ١٤٨/٦ ، تكملة المجموع ١٤٦/٢١ ، المغنى ٤٤٢/١٠ ، الإنصاف ١٥٩/٤ ، المحلى ٣٩٥/٥ وما بعدها ، شرائع الإسلام ٣٢٤/١ ، حدائق الأزهار والسيل الجرار ٥٣٧/٤ ، الإقناع لابن المنذر ص ٢٥٦) .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠٢ .

(٤) المغنى ٤٤١/١٠ وفيه : "لا خلاف فى أن للراجل سهماً ، وقد جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أعطى الراجل سهماً " . تبيين الحقائق ٣٥٤/٣ ، التاج والإكليل ٥٧٧/٤ ، الحاوى ٤١٥/٨ ، الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٤٤ ، المحلى لابن حزم ٣٩٢/٥ ، حدائق الأزهار والسيل الجرار ٥٣٧/٤ ، ٥٤٦ .

من أهل مصر ، والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور ، وأبو يوسف ومحمد "[١].

بينما ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه يستحق سهمين فقط : سهماً له وسهماً لفرسه[٢]. وقد حكى هذا الرأى عن أبى موسى الأشعرى وعن عمر وعلى[٣] رضى الله عنهم . قال ابن حجر : "لكن الثابت عن عمر وعلى كالجمهور"[٤] . وهذا أيضاً رأى صاحب حدائق الأزهار من الزيدية ؛ حيث قال : "يقسم الباقى بعد التخميس والتنفيل ...للراجل سهم ، ولذى الفرس لا غيرها سهمان إن حضر بها"[٥].

وقد استدل الجمهور على مذهبهم بالسنة والمعقول :

أما السنة : فما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال : "قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر للفارس سهمين ، وللراجل سهماً "[٦].

فهذا الحديث يدل بصراحته على استحقاق الفرس سهمين والفارس سهماً واحداً ؛ إذ لو كان الأمر على خلاف ذلك لما فعله النبى صلى الله عليه وسلم[٧].

---

(١) المغنى ٤٣٤/١٠ ، ٤٣٥ ، ونحو هذا فى الحاوى ٤١٥/٨ ، ١٦١/١٤ ، وانظر : الهداية ٨٣٤/٢ ، تبيين الحقائق ٣/ ٣٥٤ ، شرح الخرشى وحاشية العدوى ١٣٤/٣ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١٩٣/٢ ، بداية المجتهد ٥٢٢/١ ، الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٤٤ ، تكملة المجموع ١٤٧/٢١ ، فتح الوهاب للأنصارى ٣٥٧/٣ ، المقنع مع الإنصاف ١٦١/٤ ، المحلى لابن حزم ٤١٤/٥ ، السيل الجرار ٥٤٦/٤ ، شرائع الإسلام ٣٢٤/١ ، نيل الأوطار ٢٨٤/٧ ، فتح البارى ٨٠/٦ سبل السلام ٤٨٤/٤ ، المبسوط للسرخسى ٣٤/١٠ ط دار الفكر – بيروت – سنة ١٤٢١هـ – ٢٠٠٠م ، أحكام القرآن للجصاص ٥٨/٣ .

(٢) المبسوط للسرخى ٣٤/١٠ ، الهداية ٨٣٤/٢ ، الدر المختار ١٨٠/٦ ، مجمع الأنهر ٦٤٥/١ ، تبيين الحقائق ٢٥٤/٣ ، أحكام القرآن للجصاص ٥٨/٣ ، بداية المجتهد ٥٢٢/١ .

(٣) المبسوط للسرخى ٣٥/١٠ ، المحلى لابن حزم ٣٩٣/٥ ، فتح البارى ٨١/٦ .

(٤) فتح البارى ٨١/٦ .

(٥) حدائق الأزهار مع السيل الجرار ٥٣٧/٤ .

(٦) رواه الأئمة : البخارى فى صحيحه كتاب الجهاد والسير باب ٥١ سهام الفرس ٧٩/٦ (٢٨٦٣) ، كتاب المغازى باب ٣٨ غزوة خيبر ٥٥٣/٧ (٤٢٢٨) مع الفتح ، ومسلم فى كتاب الجهاد والسير باب ١٧ كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين ٨٣/١٢ ، ٨٤ (١٧٦٢/٥٧) بشرح النووى ، وأبو داود فى سننه كتاب الجهاد باب فى سهام الخيل ٧٥/٣ (٢٧٣٣) والترمذى فى صحيحه أبواب السير باب ٦ فى سهم الخيل ١٣٦/٥ (١٥٩٥) ، وابن ماجة فى سننه كتاب الجهاد باب قسمة الغنائم ٩٥٢/٢ (٢٨٥٤) ، وأحمد فى مسنده ٤٧٨/٤ (٤٩٩٩) بشرح الشيخ أحمد محمد شاكر ط ١ دار الحديث بالقاهرة سنة ١٤١٦هـ – ١٩٩٥م . والدارمى فى سننه ٢٩٧/٢ (٢٤٧٢) ، والبيهقى فى سننه كتاب قسم الفئ والغنيمة باب فى سهم الراجل والفارس ٣٢٥/٦ . واللفظ للبخارى .

(٧) الحاوى الكبير ٤١٦/٨ ، السنن الكبرى للبيهقى ٣٢٥/٦ .

وأما المعقول : فهو أن مؤنة الفرس أكثر ؛ لما يتكلف من علوفة وأجرة خادمه ، وكثرة آلته ، فاقتضى أن يكون المستحق له أكثر . كما أن الفرس فى الحرب أهْيَبُ ، وتأثيره فى الكر والفر أظهر ، فاقتضى أن يكون المستحق له أوفر[1].

واستدل أبو حنيفة – رحمه الله – على أن للفارس سهمين بالسنة والمعقول أيضاً

أما السنة : فما روى عن مجمِّع بن جارية الأنصارى قال : شهدنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما انصرفنا عنها ، إذا الناس يهزون الأباعر . فقال بعض الناس لبعض : ما للناس ؛ قالوا : أُوحِىَ إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . فخرجنا مع الناس نوجف . فوجدنا النبى صلى الله عليه وسلم واقفاً على راحلته عند كراع الغميم. فلما اجتمع عليه الناس قرأ عليهم : "إنا فتحنا لك فتحاً مبيناً " . فقال رجل : يا رسول الله ، أَفَتحٌ ؟ قال : "**نعم و الذى نفس محمد بيده إنه لفتح** " فقُسمت خيبر على أهل الحديبية ، فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سهماً ، وكان الجيش ألفاً وخمسمائة ، فيهم ثلثمائة فارس ، فأعطى الفارس سهمين ، وأعطى الراجل سهماً[2].

فهذا الحديث يدل بصراحته على أن الفارس لا يستحق أكثر من سهمين ، سهم له وسهم لفرسه ؛ إذ لو كان يستحق أكثر من ذلك لأعطاه النبى صلى الله عليه وسلم ، فلما لم يفعل دل على المدعى[3] .

وأما المعقول : فهو أن فى إعطاء الفارس ثلاثة أسهم : سهماً له وسهمين لفرسه ، تفضيلاً للبهيمة على الآدمى ، وذلك غير جائز ؛ لأن الاستحقاق بالقتال ، والرجل يقاتل وحده ، والفرس لا تقاتل ؛ ولهذا كان القياس أن لا يسوى بين الفرس والرجل وأن لا

---

(١) المبسوط للسرخسى ٣٤/١٠ ، الهداية والعناية وفتح القدير ٤٩٣/٥ ، المنتقى للباجى ١٩٦/٣ ، الحاوى الكبير ٨/ ٤١٦ ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٥٧٧/٤ ، المغنى ٤٣٦/١٠ ، فتح البارى ٨١/٦ ، نيل الأوطار ٢٨٤/٧ ، تبين الحقائق ٢٥٤/٣ .

(٢) رواه الأئمة : أحمد فى مسنده ١٩٢/١٢ (١٥٤٠٩) بشرح الشيخ أحمد محمد شاكر وأبو داود فى سننه كتاب الجهاد باب فيمن أسهم له سهماً ٧٦/٣(٢٧٣٦) وقال : "حديث أبى معاوية أصح والعمل عليه ، وأرى الوهم فى حديث مجمع أنه قال ثلثمائة فارس وكانوا مائتى فارس " . والبيهقى فى دلائل النبوة ٢٣٩/٤، ٢٤٠ بتحقيق د.عبد المعطى قلعجى ط١ دار الكتب العلمية – بيروت – سنة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م وقال – البيهقى – : وقد ذكرنا أن الأكثر من حفاظ الرواة قالوا : كانوا ألفاً وأربعمائة ، وروينا عن جماعة أنه كان فيهم مائتا فارس والله أعلم. كما روى صدره الحاكم فى المستدرك كتاب التفسير باب تفسير سورة الفتح ٤٥٩/٢ ، وصححه . ووافقه الذهبى فى التلخيص ٤٥٩/٢ وكراع الغميم : موضع بناحية الحجاز بين مكة والمدينة ، وهو واد أمام عسفان بثمانية أميال ، وهذا الكراع جبل أسود في طرف الحرة يمتد إليه . (معجم البلدان لياقوت الحموى ٤٤٣/٤ ط دار صادر – بيروت – سنة ١٣٧٦ هـ – ١٩٥٧ م)

(٣) المبسوط للسرخسى ٣٤/١٠ ، الهداية ٨٣٤/٢ ، مجمع الأنهر ٦٤٦/١ ، أحكام القرآن للجصاص ٥٨/٣ ، ٥٩ .

يستحق بالفرس شيئاً ؛ لأنه آلة من آلات الحرب كسائر الآلات ، ولكن الآثار اتفقت على سهم واحد ، فأخذنا بما اتفق عليه الأثر ، وأبقينا ما اختلف فيه الأثر على أصل القياس[١].

المناقشة والترجيح :

بيد أن ما استدل به الإمام أبو حنيفة من السنة والمعقول ضعيف ، فقد نوقش استدلاله بحديث مجمّع بأنه غير صحيح ، وذلك لوجوه :

أحدها : أنه حديث ضعيف ، صرّح الحفاظ بضعفه مع توهم راويه . فقد قال فيه الحافظ : "وفي إسناده ضعف "[٢] وقال ابن حزم : "ومجمع مجهول وأبوه كذلك"[٣]. وقال أبو داود : " حديث أبي معاوية أصح والعمل عليه ، وأرى الوهم في حديث مجمع أنه قال: " ثلثمائة فارس " ، وكانوا مائتي فارس"[٤]

والثاني : أنه قد روى عنه أنهم كانوا ألفاً وأربعمائة ، فيهم مائتا فارس[٥] ، وهذه الرواية أصح من وجهين :

أ- أن رواية ابن عباس رضي الله عنهما توافقها .

ب-أن هذا الجيش هم أهل الحديبية ، وقد اتفق أهل السير على أن عدتهم ألف وأربعمائة[٦] .

والثالث : أن هذا الحديث إن صح ، فإنه يجب حمله على أن الراوي أراد : أعطى الفارس سهمين لفرسه ، وأعطى الراجل - يعني صاحبه - سهماً ، فيكون ثلاثة أسهم[٧] .

. قال الشوكاني : "إطلاق الفرس على الفارس مجاز مشهور ، ومنه قولهم : يا خيل الله اركبي ، كما ورد في الحديث ، ولا بد من المصير إلى تأويل حديث مجمع وما ورد في معناه ؛ لمعارضته للأحاديث الصحيحة الثابتة عن جماعة من الصحابة في

---

(١) المبسوط ٣٤/١٠ ، البدائع ١٨٧/٧ ، تبين الحقائق ٢٥٤/٣ ، فتح الباري ٨٠/٦ ، نيل الأوطار ٢٨٤/٧ ، الحاوي ٤١٥/٨ ، بداية المجتهد ٥٢٢/١ ، ٥٢٣ ، أحكام القرآن للجصاص ٥٩/٣ .

(٢) فتح الباري ٨٠/٦ ، نيل الأوطار ٢٨٣/٧ ، السيل الجرار ٥٤٦/٤ .

(٣) المحلى لابن حزم ٣٩٣/٥ .

(٤) سنن أبي داود ٧٦/٣ . نيل الأوطار ٢٨٣/٧ ، الحاوي ٤١٧/٨ .

(٥) الحاوي الكبير ٤١٧/٨ ، دلائل النبوة للبيهقي ٢٤١/٢ .

(٦) الحاوي ٤١٧/٨ .

(٧) المغني ٤٣٥/١٠ ، السيل الجرار ٥٤٦/٤ .

الصحيحين وغيرهما كما تقدم ..... وقد أمكن الجمع بين هذه الأحاديث بما أسلفنا ، وهو مجمع نـيِّر دلت عليه الأدلة التى قدمناها ، وقد تقرر فى الأصول أن التأويل فى جانب المرجوح من الأدلة لا الراجح ، والأدلة القاضية بأن للفارس وفرسه سهمين مرجوحة ، لا يشك فى ذلك من له أدنى إلمام بعلم السنة"[١].

وأما استدلالهم بالمعقول فمردود بوجوه :

أولها : أن فى القول بأن فى إعطاء الفرس سهمين تفضيلاً للبهيمة على الآدمى ، مردود بأن هذه حجة ضعيفة وشبهة ساقطة ، لا يجوز نصبها فى مقابلة السنة الصحيحة[٢].

ثم إن فى ما قال به الحنفية تسوية بين البهيمة والآدمى ، وهذا لا يقتضيه استدلالهم[٣].

ثانيها : أن قياس الفرس على الراجل ، قياس مع الفارق ؛ لأن أثرها فى الحرب أكثر وكلفتها أعظم ، فينبغى أن يكون سهمها أكثر[٤] .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن الفرس لا يسهم له فى الحقيقة ، وإنما يسهم لصاحبه لأجله ، فكان الوصف غير سليم[٥] .

ثالثها : أن فى القول بأن الفرس تابع فلا يجوز أن يكون سهمه أكثر من سهم المتبوع ، مردود بأن كلا السهمين للمتبوع ، ليس للتابع سهم وهو أكثر . على أن ذلك لو جاز أن يمنع من الزيادة ؛ لجاز أن يمنع من المساواة ؛ لأنه إذا لم يجز أن يزيد على المتبوع ، لم يجز أن يساويه[٦]

رابعها : أن القول بأن عناء صاحبه أكثر ؛ لأنه هو المقاتل ، مردود كذلك بأن كلا العناءين مضاف إلى صاحبه ، إلا أن تأثيره لفرسه أكثر من تأثيره لنفسه ؛ لأنه بالفرس يَلحق إن طلب ، ولا يُلحق إن هرب[٧].

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى ٢٨٣/٧ ، ٢٨٤ .

(٢) فتح البارى ٨٠/٦ ، ٨١ ، نيل الأوطار ٢٨٤/٧ .

(٣) الحاوى الكبير ٤١٧/٨ .

(٤) المرجع السابق ، المغنى ٤١٧/٨ .

(٥) فتح البارى ٨٠/٦ ، نيل الأوطار ٢٨٤/٧ ، الحاوى ٤١٧/٨ .

(٦) الحاوى ٤١٧/٨ ، فتح البارى ٨٠/٦ .

(٧) الحاوى ٤١٧/٨ .

خامسـها : أن قولهم بأن القياس يمنع من السهم للفرس ، مردود بأن هذا القياس قد أبطله النص فبطل ؛ حيث لا اجتهاد مع النص[١].

وبهـذا يظهـر لنا جلياً أن ما ذهب إليه عامة الفقهاء من القول بأن للفارس ثلاثة أسـهم مـن أربعـة أخمـاس الغنيمة : سهماً له وسهمين لفرسه هو الراجح الذى تؤيده النصوص الصحيحة ، ويؤيده المنطق السليم .

عـلى أن هـذا الخـلاف لم يعـد له أثر فى العصر الحديث ؛ حيث تطورت فيه وسـائل القـتال وتعددت ، فمنها البرية والبحرية والجوية ، كما تغيرت فيه أشكال القتال وطـرقه بالشـكل الـذى لا يخفـى على أحد ، فلم يعد هناك مجال للحديث عن الفارس والـراجل ؛ إذ كل المقاتلين يعتبرون متساويين فى الأعمال القتالية ، وإن تفاوتت رتبهم ومهماتهم .

وبـرغم ذلـك فإن حقّ كل منهم فى الغنيمة مجهول ، والجهل به نابع من الجهل بمقدار الغنائم المأخوذة من العدو ، فإذا ما ادعى به ، فإنه يدعى به مجهولاً أيضاً ، وتقبل دعـواه ، ويحكم له فيها بناتج قسمة أربعة أخماس الغنيمة على الغانمين ، بعد استخراج الرضخ لأصحابه وكذلك النفل ، إن اختار إخراجهما من أربعة أخماسها ؛ نظراً لظروف الحال[٢] .

والله تعـالى أعلم .

⚘⚘⚘⚘⚘⚘

---

(١) المرجع السابق .

(٢) حيث سنرى فى دعوى النفل إن شاء الله أن الراجح تخيير الإمام بين إخراجهما من أصل الغنيمة أو من أربعة أخماسها أو من خمسها أو من خمس خمسها المرصد للمصالح العامة ، حسب ما يقتضيه الحال .

المبحث الثانى
الحكم فى دعوى الرضخ
فـــى الفقـــه الإسلامـــى

يقصد بالرضخ : مال تقديره إلى رأى الإمام بشرط أن لا يزيد على سهم واحد مـــن الغانميـــن ، بل ينقص.[١] أو بعبارة أخرى : شئ دون سهم لراجل يجتهد الإمام فى قدره[٢] .

ومن هذا التعريف يُفهم أن مقدار الرضخ من الغنيمة غير محدد ، وإنما تحديده موكول إلى " اجتهاد الإمام ورأيه ، أو من يستخلفه من أمير جيش أو قاسم للمغنم ".[٣]

ولما كان الأمر كذلك كانت الدعوى به مجهولاً مسموعة، حيث إن : "كل ما كان المطلوب فيه موقوفاً على تقدير القاضى ، فإن الدعوى بالمجهول تسمع فيه"[٤].

وقبل بيان ما يجب الحكم به فى هذه الدعوى نجمل مستحقى الرضخ وهم:

١- المشركون الذين يشتركون فى المعركة بإذن الإمام .

٢- الصبيـــــة .

٣- المجانيـــــن .

٤- الرقيـــــق .

٥- النساء . ويلحق بهن الخناثى المشكلون[٥].

فإذا رفع أى من هؤلاء دعوى برضخه ، وأثبت اشتراكه فى المعركة ، وغنم

---

(١) الوجيز للغزالى ٢٩٠/١ .

(٢) المنهاج ونهاية المحتاج ١٥٠/٦ ، ومغنى المحتاج ١٣٤/٣ .

(٣) الحاوى الكبير ٤١٣/٨ ، المهذب ٢٩٦/٥ ، الوجيز للغزالى ٢٩٠/١ .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠٤ ، نهاية المحتاج ٣٩٥/١٠ وفيه : "......بل قد لا تتصور إلا مجهولة ، وذلك فيما يتوقف تعيينه على القاضى ، كفرض مهر ومتعة وحكومة ورضخ " ونحو هذا فى مغنى المحتاج ٥٩٠/٤ .

(٥) انظـــر تفصيل هؤلاء الأصناف فى : "البدائع ١٨٦/٧ ، ١٨٧ ، الهداية ٨٣٧/٢ ، تنوير الأبصار والدر المختار ورد المحـــتار ١٨٢/٦ ، البـــحر الرائق ٩٠/٥ فتح القدير والعناية ٥٠١/٥ ، بداية المجتهد ٥٢٠/١ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١٩٢/٢ ، شرح الخرشى وحاشية العدوى ١٣٢/٣ ، المنتقى للباجى ١٧٩/٣ شرح الزرقانى ١٣٠/٣ ، النوادر والـــزيادات ١٨٦/٣ وما بعدها ، المدونة الكبرى ٣٣/٢ ، ٣٤ ، الحاوى الكبير ٤١٣/٨ ، ١٦٣/١٤ ، تكملة المجموع ١٥٧/٢١ ، المهذب ٢٩٦/٥ ، العزيز للرافعى ٣٥١/٧ ، المغنى والشرح الكبير ٤٤٦/١٠ وما بعدها ، منار الســبيل ٢٧٥/١ ، المبدع ٣٦٦/٣ ، كشاف القناع ٨٧/٣ ، الإنصاف للمرداوى ١٥٩/٤ ، الفقه الحنبلى الميسر د.وهبة الزحيلى ٣٣٢/٤ ، الكافى ٣٠٠/٤ ، السيل الجرار ٥٣٧/٤ وما بعدها ، البحر الزخار ٤٣٦/٦ وما بعدها ، الروضـــة البهية ٤٠٤/٢ وما بعدها ، شرائع الإسلام ٤٢٤/١ ، المحلى لابن حزم ٣٩٥/٥ وما بعدها ، نيل الأوطار ٢٨٠/٧ ، ٢٨١ ".

الجيش المسلم غنائم من الأعداء ، فإن الحاكم يقوم بتقدير مبلغ للمدعى ويحكم له به كرضخ له جزاء على اشتراكه فى هذه المعركة . وعلى الحاكم مراعاة العدالة فى هذا التقدير ، ويكون ذلك بعد رجوعه إلى ديوان الجند الذين اشتركوا فى المعركة ، واستعراضه ما تم استحواذه من مغانم . وفى إطار ما وضعه الفقهاء من حدود لهذا التقدير ؛ حيث إن الفقهاء قد وضعوا لمن يقوم بتقدير الرضخ الحدود التى يجب أن يتم تقديره فى إطارها ، فقالوا بأنه لا يجوز أن يبلغ بالرضخ للفارس سهم الفارس ، ولا للراجل سهم الراجل .

وعللوا ذلك بأن الرضخ تبع للسهام ، فلا بد وأن ينقص عن قدرها كحكومات الجراح على الأعضاء ، فإنها لما كانت تبعاً للأعضاء ، لم تبلغ بأرشهاديات تلك الأعضاء[١].

وعلى ذلك فلا يجوز للإمام أو لنائبه أو لقاضى المظالم ، أن يتجاوز هذا الحد للمرضخ له ، أيا كان صنفه وأيا كان دوره فى المعركة . وهذا ما عليه جمهور الفقهاء .

وقد خالف فى ذلك الحنفية ؛ حيث قالوا بجواز أن يزاد رضخ الذمى على السهم ، إذا دل الجيش المسلم على الطريق ؛ وكانت فى هذه الدلالة منفعة عظيمة للمسلمين . وعللوا ذلك بأن الدلالة ليست من عمل الجهاد ، فلا يلزم منه التسوية فى الجهاد ؛ إذ إن ما يأخذه فى الدلالة بمنزلة الأجرة ، فيعطى بالغاً ما بلغ[٢].

إلا أن الناظر فيما قاله الحنيفة ، يرى أنه يكاد يكون خارجاً عن إطار الرضخ ؛ وذلك لأن الرضخ يستحق بالاشتراك فى القتال أو بحضور الوقعة ، ولا يعرف مقداره ، ولا يتفق عليه قبل بداية المعركة . بخلاف الاستجار للدلالة على الطريق ؛ فإنه يكون بأجر محدد ، معلوم ، متفق عليه قبل بداية المسير ، وكما يتم الاتفاق عليه مع الكافر ، فإنه يمكن أن يتم الاتفاق عليه مع غيره ، ودفع هذا الأجر بالغاً ما بلغ ، واجب بمقتضى عقد الإجارة ، بل إن دفعه واجب حتى ولو انهزم الجيش المسلم ، ولا شك أن هذا يختلف

---

(١) البحر الرائق ومنحة الخالق عليه ٩٠/٥ ، مجمع الأنهر ٦٤٧/١ ، تبيين الحقائق ٢٥٦/٣ ، مغنى المحتاج ١٣٤/٣ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمى ٣٥٩/٣ ، الحاوى الكبير ٤١٤/٨ ، الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٤٣ ، شرح الخرشى ١٣٢/٣ ، المبدع ٣٦٦/٣ ، كشاف القناع ٨٧/٣ ، المهذب ٢٩٦/٥ ، ٢٩٧ ، العزيز للرافعى ٣٥٣/٧ .

(٢) الهداية ٨٣٨/٢ ، مجمع الأنهر ٦٤٧/١ ، البحر الرائق ٩٠/٥ ، تبيين الحقائق ٢٥٦/٣ ، بدر المتقى فى شرح الملتقى ٦٤٧/١.

تماماً عن حكم الرضخ كما هو واضح . جاء في منحة الخالق على البحر الرائق :[١] "لا وجه لتخصيص حكم الدلالة على الطريق بالذمي ؛ لأن العبد أيضاً إذا دل ، يعطى له أجرة الدلالة بالغاً ما بلغ ، إلا أن يمنع إرادة التخصيص".

إذا ثبت هذا ، فهل للإمام أن يفاضل بين أهل الرضخ وبعضهم ؟

نعم للإمام أن يفاضل بين أهل الرضخ وبعضهم ، على قدر نفع كل منهم وأهمية دوره في المعركة ، فله أن يفضل المقاتل منهم ، وذا البأس في القتال ، على من ليس مثله . وكذلك له أن يفضل المرأة المقاتلة والتي تداوي الجرحى وتسقي الماء على غيرها ، وهكذا .

وهذا بخلاف سهم الغنيمة ، فإنه لا تفاضل فيه بين مستحقيه ، وإنما لابد من المساواة بينهم ، سواء اشتركوا جميعاً في القتال ، أو قاتل بعضهم دون بعض .

ووجه الفرق بين السهم والرضخ ؛ حيث يجوز التفاضل بين مستحقي الرضخ دون مستحقي السهم : أن السهم منصوص عليه ؛ أي أن تقديره غير موكول إلى اجتهاد الإمام ، فلم يعتبر فيه التفاضل ؛ كالحد ، ودية الحر . أما الرضخ فغير منصوص على تقديره ، أي أن تقديره موكول إلى اجتهاد الإمام ، فاعتبر فيه التفاضل كالتعزير ، وقيمة الحيوان[٢] .

من أين يدفع الرضخ ؟ أو ما هو الوعاء الذي يصرف منه ؟

إذا أثبت المدعي استحقاقه للرضخ من الغنيمة ، وحكم له به ، فمن أين يدفع مقداره ؟ أيدفع من أصل الغنيمة – أي قبل استخراج الخمس منها –؟ أم من أربعة أخماسها – أي بعد استخراج هذا الخمس –؟ أم من خمسها ؟ أم من خمس خمسها المرصد للمصالح العامة ؟

وتأتي أهمية الإجابة على هذا السؤال في أن المبلغ الذي يقدر به الرضخ ، سيختلف قلة وكثرة باختلاف الوعاء الذي سيصرف منه ، فإن قلنا : إنه يصرف من أصل الغنيمة ، فقطعاً سيكون مقداره أكثر مما لو قلنا : إنه يصرف من أربعة أخماسها ، وإن قلنا : إنه يصرف من أربعة أخماسها ، فسيكون مبلغه أكثر مما لو قلنا : إنه يصرف من خمسها ، وهكذا .

---

(١) ٩٠/٥ .

(٢) الحاوي الكبير ٤١٣/٨ ، مغني المحتاج ١٣٤/٣ ، نهاية المحتاج ١٥٠/٦ ، فتح الوهاب وحاشية البجيرمي ٣٥٩/٣ ، شرح المحلي ١٩٥/٣ ، تحفة المحتاج وحاشية الشرواني ١٤٨/٧ ، العزيز ٣٥٣/٧ ، المبدع ٣٦٦/٣ ، كشاف القناع ٨٧/٣ ، المغني ٤٤٨/١٠ .

وقد اختلف الفقهاء في وعاء صرف هذا الرضخ إلى أربعة مذاهب :

المذهب الأول : يرى أصحابه أن وعاء صرفه هو أربعة أخماس الغنيمة ، أي أنه يدفع بعد استخراج خمس الغنيمة منها . وإليه ذهب الشافعي في قول هو الأظهر عند الشافعية ، والحنابلة في وجه ، والإمامية في رأي هو المختار عندهم ، والظاهرية ، والزيدية في رأي[1].

وقد احتج هؤلاء بأن أهل الرضخ أضعف من الغانمين حكماً ، فلم يجز أن يكونوا أقوى حقاً .[2]

وبأن الرضخ سهم من الغنيمة ، يستحق بحضور الوقعة ، إلا أنه ناقص ، فأشبه سهام الغانمين .[3]

المذهب الثاني :يرى أصحابه أنه يدفع من أصل الغنيمة ، أي قبل استخراج الخمس منها . وإليه ذهب الحنفية، والشافعي في قول ، والحنابلة في وجه ، والإمامية في رأي والزيدية في رأي .[4]

واحتجوا على ذلك بأن أهل الرضخ قد استحقوه بالمعاونة في تحصيل الغنيمة ، فصاروا كحافظيها وحامليها الذين يعطون أجورهم من أصل الغنيمة[5].

المذهب الثالث : يرى أصحابه أنه يدفع من الخمس الواجب لبيت مال المسلمين . وإليه ذهب المالكية الذين يقولون بأن الخمس كالفيء يوضع في بيت المال لينفق في المصالح العامة حسبما يرى الإمام ، ولا يجب تقسيمه على الأصناف الموجودين في الآية

---

(١) المنهاج مع مغني المحتاج ١٣٤/٣ ، وتحفة المحتاج ١٤٨/٧ ، الوجيز للغزالي ٢٩٠/١ ، المهذب ٢٩٧/٥ ، الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٤٣ ، الفروع لابن مفلح ٢٣٣/٦ ، كشاف القناع ٨٦/٣ ، الكافي لابن قدامة ٢٩٧/٤ ، المحلى لابن حزم ٤٠٦/٥ ، الأم ١٤٤/٤ ، مختصر المزني ص ١٤٩ ، شرائع الإسلام ٣٢٤/١ ، الروضة البهية ٤٠٣/٢ ، البحر الزخار ٤٤٠/٦ .

(٢) الحاوي الكبير ٤١٤/٨ .

(٣) العزيز ٣٥٤/٧ ، تحفة المحتاج ١٤٨/٧ ، المهذب ٢٩٧/٥ ، المغني ٤٤٩/١٠ ، الشرح الكبير معه ٥٠٠/١٠ ، المبدع ٣٦٥/٣ ، الكافي ٢٩٧/٤ ، كشاف القناع ٨٦/٣ ، البحر الزخار ٤٤٠/٦ .

(٤) فتح القدير ٥٠١/٥ ، الدر المختار وحاشية رد المحتار ١٨٢/٦ مجمع الأنهر ٦٤٧/١ ، الأم ١٤٤/٤ ، مختصر المزني ص ١٤٩ العزيز ٣٥٣/٧ ، المبدع ٣٦٥/٣ ، الفروع ٢٣٣/٦ ، شرائع الإسلام ٣٢٣/١ ، ٣٢٤ ، الروضة البهية ٢/ ٤٠٣ ، البحر الزخار ٤٤٠/٦ .

(٥) الحاوي ٤١٤/٨ ، المهذب ٢٩٧/٥ ، العزيز ٣٥٣/٧ ، المغني ٤٤٩/١٠ ، المبدع ٣٦٥/٣ ، الكافي ٢٩٧/٤ ، البحر الزخار ٤٤٠/٦ .

الكريمة وهي قوله تعالى : ﴿ **واعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل** ﴾ [١].

واحتجوا على أن الرضخ يصرف من هذا الخمس بالقياس على النفل ، فكما أن النفل يدفع من الخمس ، فكذا الرضخ ؛ لقوة الشبه بينهما ؛ إذ المقصود منهما التحريض على القتال[٢].

المذهب الرابع : يرى أصحابه أنه يدفع من خمس الخمس سهم المصالح العامة . وإليه ذهب الشافعي في قول وصفه الماوردي بأنه " أضعف الأقاويل "[٣] وهو أيضاً رأى عند الحنابلة والزيدية .[٤] وحجتهم : أن الأربعة الأخماس للغانمين ، والخمس للمصالح والرضخ منها ؛ لأن مستحقيه ليسوا من أهل القتال ولا هم على صفاتهم[٥] .

والراجح من هذه المذاهب هو الأول ؛ لقوة حجته ، وضعف حجج المذاهب الأخرى . ويمكن إظهار هذا الضعف فيما يلي :

١- ما احتج به أصحاب المذهب الثاني ، يمكن مناقشته بإبداء الفرق بين أهل الرضخ وحافظى الغنيمة وحامليها ؛ وذلك أن أهل الرضخ قد استحقوه بحضورهم المعركة ، وجهادهم فيها ، فكان إلحاقهم بأهل السهام أو تشبيههم بهم ، أولى من تشبيههم بحافظى الغنيمة وحامليها ؛ فإنهم استؤجروا على هذا العمل بعد إحراز الغنيمة ، ولم يكن لهم دور في سبب تحصيلها وهو الجهاد .

٢- وما احتج به أصحاب المذهب الثالث ، يمكن أيضاً مناقشته بأن حكم الأصل في هذا القياس ، غير متفق عليه بين الفقهاء ، وإنما هو رأى المالكية وحدهم ، ولا يحتج بمذهب على مذهب . إضافة إلى أن الله تعالى قد بين أصحاب الخمس في قوله تعالى : ﴿ **واعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل** ﴾ [٦] ولم يكن من بينهم أصحاب الرضخ ، ولا هم في معناهم .

٣- أما ما احتج به أصحاب المذهب الرابع ، فيناقش بأن أهل الرضخ وإن لم يكونوا على صفات الغانمين ، إلا أن اشتراكهم في سبب تحصيل الغنيمة ، جعلهم أقرب شبهاً بهم ، فاستحقوا أن يرضخ لهم من الأربعة الأخماس . **والله تعالى أعلم** .

---

(١) صدر الآية ٤١ من سورة الأنفال . وسيأتي تفصيل تلك في ص٦٠٧ .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٩٢/٢ ، شرح الخرشي ١٣٢/٣ القوانين الفقهية ص ١٤٨ ، بداية المجتهد ١/ ٥١٧ ، ٥٢٤ .

(٣) الحاوى الكبير ٤١٤/٨ ، مغني المحتاج ١٣٥/٣ ، الوجيز ٢٩٠/١ ، المهذب ٢٩٧/٥ .

(٤) المبدع ٣٦٥/٣ ، الفروع ٢٣٣/٦ ، البحر الزخار ٤٤٠/٦ .

(٥) العزيز ٣٥٣/٧ ، روضة الطالبين ، البحر الزخار ٤٤٠/٦ .

(٦) صدر الآية ٤١ من سورة الأنفال .

المبحث الثالث

الحكم في دعوى النفل المجهول في الفقه الإسلامي

النَّفَل بالتحريك لغة : الغنيمة والهبة . وبالسكون – وقد يحرك-الزيادة . ومنه قيل لصلاة التطوع نافلة ؛ لأنها زيادة على الفرض[١] .

واصطلاحاً : زيادة مال على أصل الغنيمة ، يشرطه الإمام أو أمير الجيش لمن يقوم بما فيه نكاية زائدة على العدو ، أو توقع ظفر ، أو دفع شر ، وذلك كالتقدم على طليعة ، أو التهجم على قلعة ، أو حفظ ممكن ، أو تجسس حال ، وشبهها[٢].

فإذا وعد الإمام أو أمير الجيش بنفل مجهول[٣] ....

---

(١) لسان العرب ، مادة "نفل" ٦٧١/١١ ، المغني ٤٠١/١٠ .

(٢) تكملة المجموع ١٣٥/٢١ ، مغني المحتاج ١٣٠/٣ ، العزيز للرافعي ٣٤٦/٧ ، ٣٤٧ . وتجدر الإشارة إلى أن التنفيل قبل القتال مشروع في قول أكثر أهل العلم إذا دعت إليه حاجة ، ككثرة العدو وقلة المسلمين ، واقتضاء الحال بعث السرايا وحفظ المكامن . فللإمام أو قائد الجيش أن يقول مشجعاً جنوده ومحرضاً لهم على القتال : من يتقدم من الأفراد أو السرايا إلى دار الحرب فله كذا وكذا ، أو من فتح هذه القلعة وقتل فلاناً أو أقام كميناً فله كذا وكذا ، أو من طلع هذا الحصن ، أو هدم هذا السور أو نقب هذا النقب ، أو فجَّر هذا المكان فله كذا ، أو من جاء بأسير فله كذا ....وما إلى ذلك . بينما ذهب المالكية إلى القول بكراهية التنفيل إذا كان قبل القتال ، وجوازه إذا كان بعده . (انظر تفصيل ذلك في : مجمع الأنهر وبدر المتقى ٦٤٩/١ ، ٦٥٠ ، المبسوط للسرخسي ٤٠/١٠ ، ٤١ ، تنوير الأبصار والدر المختار ورد المحتار ١٨٨/٦ ، ١٨٩ ، التاج والإكليل ٥٧١/٤ ، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات لأبي محمد عبد الله القيرواني ، تحقيق : محمد حجي ٢٣٠/٣ ط دار الغرب الإسلامي سنة ١٩٩٩م ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٩٠/٢ ، الكافي لابن عبد البر ص ٢١٥ ، شرح الخرشي ١٣٠/٣ ، شرح منح الجليل ٧٣٨/١ ، شرح الزرقاني ١٢٨/٣ ، الحاوي ٤٠١/٨ ، تكملة المجموع د.محمد مطرجي ١٣٨/٢١ ، العزيز للرافعي ٣٤٩/٧ ، المغني ٤٠٥/١٠ ، الكافي لابن قدامة ٢٩٠/٤ ، المحلى لابن حزم ٤٠٦/٥ ، ٤٠٧ ، شرائع الإسلام ٢١٦/١ ، السيل الجرار للشوكاني ٥٤١/٤ ، مغني المحتاج ١٣٠/٣ ، فتح الباري ٢٧٦/٦ ، سبل السلام ٤٨٤/٤ ، أحكام القرآن للجصاص ٥١/٣).

(٣) والنفل يجوز أن يكون مجهولاً إذا كان من مال الكفار ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم **كان ينفل في البدأة الربع وفي الرجعة الثلث** . (رواه أحمد في مسنده ١٦٠/٤ ، والترمذي في صحيحه أبواب السير باب (١٢) في النفل ١٤٧/٥ (١٦٠٦) مع التحفة وقال : "حديث حسن " وابن ماجة في كتاب الجهاد باب (٣٥) في النفل ٩٥١/٢ (٢٨٥٢) والبيهقي في سننه كتاب قسم الفيء والغنيمة ٣١٣/٦ من حديث عبادة بن الصامت ، وحبيب بن مسلمة ومعن بن يزيد وابن عمر وسلمة بن الأكوع رضي الله عنهم) والربع والثلث مجهولان ؛ لأن الغنيمة كلها مجهولة . ولأنه مما تدعوا الحاجة إليه والنفل إنما يجوز بحسب الحاجة ، ولأنه لا ضرر فيه على المسلمين ، فجاز مع الجهالة كسلَب القتيل . أما إذا كان من بيت مال المسلمين ، فلا يجوز أن يكون مجهولاً ؛ لأنه عوض في عقد لا تدعو الحاجة فيه إلى الجهل به ، فلم يجز أن يكون مجهولاً ، كالجعل في المسابقة ورد الضالة .(الحاوي ٤٠١/٨ تكملة المجموع ١٣٩/٢١ ، العزيز ٣٤٩/٧ ، ٣٥٠ ، المهذب مع المجموع ١٣٣/٢١ ، مغني المحتاج ١٣١/٣ ، المغني ٤٠٧/١٠ ، الكافي لابن قدامة ٢٩٠/٤ ، أحكام القرآن للجصاص ٥١/٣).

وقـــام المشروط له النفل بالعمل الذى شرط له النفل من أجله ، استحق هذا النفل في قول كافة الفقهاء ، حتى المالكية الذين قالوا بكراهية التنفيل قبل القتال ، فإنهم قالوا : "كـــل شئ يبذله الإمام قبل القتال ، لا ينبغي عندنا ، إلا أنه إن نزل وقاله إمام أمضيناه ، وإن أعطـــاهم ذلك من أصل الغنيمة ؛ للاختلاف فيه .... إن لم يبطله – منفل السرية – قبل المغنم"[١].

فـإذا كان هذا النفل معلوماً ، ورفع المشروط له به دعوى ، وجب الحكم له فيها بما عين له .

أمـا إذا كـان مجهـولاً ، فإن الحكم في الدعوى به يختلف باختلاف نوع الجهالة ؛ حيث إنه قد يكون مجهول الذات والنوع والقدر معاً . وقد يكون مجهول النوع فقط . وقد يكون مجهول القدر فقط .

فإذا كان مجهول الذات والنوع والقدر معاً ، كما لو قال : من جاء بشيء فله منه طائفـــة ، أو فلـــه بعضه ، أو جزء منه ، أو يسير أو قليل ، أو نصيب ، ففي هذه الحالة يجـــتهد الإمـــام في تعيين وتقدير ما يستحقه صاحب النفل ، فيعطيه على قدر ما بذله من جهد وما جلبه من غنائم[٢] .

وإذا كـان مجهـول النوع ، كسيارة مثلاً ، أو جارية ، أو منزل ، أو ما إلى ذلك ، ولم يوجد أو لم يبق إلا فرد واحد من هذه الأشياء ، كسيارة واحدة ، أو جارية واحدة ، أو مـــنزل واحد ، حكم له القاضي به ، ولا يخمس وإنما يختص هو به ، أما إذا وجد أكثر ، فللإمام تعيين ما يستحقه صاحب النفل ، فله أن يختار أى سيارة ، أو أى منزل ويدفعه له ، و يجـــبر صاحب النفل على قبول ما يعينه له الإمام ؛ لأن المشروط له، شئ من أشياء متشابهة دون تعيين ، و قد سُلِّم إليه .

هـذا إذا وجـد النوع المنفل منه ، أو ظل باقياً ولم يهلك . أما إذا لم يوجد منه ، أو وجـــد ولكنه هلك أثناء المعركة ، فإن صاحب النفل يستحق أجرة المثل قطعاً ؛ لتعذر تقويم المجهول[٣] .

---

(١) التاج والإكليل ٥٧١/٤ ، ٥٧٢ ، النوادر والزيادات ٢٣٠/٣ .

(٢)النوادر والزيادات ٢٤٠/٣ .

(٣) تكملـــة المجموع للدكتور محمد مطرجي ١٤٢/٢١ ، وفيه :" أما إذا كانت الجارية مبهمة ومات في القلعة كل ما فيها من الجوارى ؛ وأوجبنا البدل ، فيجوز أن يقال : يرجع بأجرة المثل قطعاً ؛ لتعذر تقويم المجهول . وإذا شرط جارية مبهمة ،

وأما إذا كان مجهول القدر فقط، كالثلث والربع : فإن الحكم فيه يتوقف على تحديد محله أو وعائه الذى يصرف منه ، هل هو أصل الغنيمة أم أربعة أخماسها أم خمسها ؟

وقد اختلف الفقهاء فى ذلك إلى خمسة مذاهب:

المذهب الأول : يرى أصحابه أن النفل يصرف من أصل الغنيمة ، أى من رأس مالها . روى هذا عن الأوزاعى وأبى ثور والإمام أحمد ،وهو قول للشافعى[١] .

المذهب الثانى : يرى أصحابه أن النفل يكون من أربعة أخماس الغنيمة . وروى هذا عن أنس بن مالك رضى الله عنه وفقهاء الشام[٢] ، وهو مذهب الحنفية والحنابلة والظاهرية والزيدية وروى أيضاً عن إسحاق وأبى عبيد[٣] .

المذهب الثالث : يرى أصحابه أن النفل يكون من الخمس الواجب لبيت المال. وروى هذا عن سعيد بن المسيب . وبه قال المالكية والشافعى فى قول[٤] .

المذهب الرابع : يرى أصحابه أن النفل يكون من خمس الخمس المرصد للمصالح. وإلى هذا ذهب الشافعى فى الأصح[٥] .

المذهب الخامس : يرى أصحابه أن الإمام مخير فى ذلك ، فإن شاء نفلهم قبل

=ولم يوجد إلا واحدة ، سلمت إليه ، وإن وجد جوار فللإمام التعين ، ويجبر المشرك على القبول ؛ لأن المشروط جارية وقد سلمت إليه " أهـ .وانظر أيضاً : النوادر والزيادات ٢/ ٢٤٠، ٢٤١ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠٢ .

(١) فتح البارى ٢٧٧/٦ ، نيل الأوطار ٢٧٤/٧ ، تكملة المجموع ١٤٠/٢١ ، مغنى المحتاج ١٣٠/٣ ، العزيز ٢٤٩/٧ ، شرح المحلى على المنهاج ١٩٣/٣ ، المغنى ٤٠٩/١٠ ، ٤٣٣ .

(٢) ومنهم : رجاء بن حيوة ، وعبادة بن نس ، وعدى بن عدى ، ومكحول ، والقاسم بن عبد الرحمن ، ويزيد بن أبى مالك ، ويحيى بن جابر ، والأوزاعى . (المغنى ٤٠٨/١٠ ، ٤٠٩ ، الشرح الكبير معه ٤٣٣/١٠) .

(٣) المرجعان السابقان ، فتح القدير ٥١١/٥ ، الهداية ٨٤١/٢ ، المبسوط للسرخسى ٤١/١٠ ، العزيز ٢٤٩/٧ ، المجموع ١٤٠/٢١ ، مغنى المحتاج ١٣٠/٣ ، المحلى لابن حزم ٤٠٦/٥ ، الإنصاف ١٥٨/٤ ، الكافى ٢٩٧/٤ ، حدائق الأزهار والسيل الجرار ٥٣٦/٤ ، شرائع الإسلام ٣٢٤/١، نيل الأوطار ٢٧٤/٧ ،فتح البارى ٢٧٦/٦، ويلاحظ أن هذا مذهب الحنفية إذا كان النفل قبل إحراز الغنيمة بدار الإسلام – وهو ما نحن بصدده – أما إذا كان بعده فلا يكون إلا من الخمس .

(٤) النوادر الزيادات ٢٢١/٣ ؛ التاج والإكليل ٥٧٠/٤ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١٩٠/٢ ، بداية المجتهد ١/ ٥٢٤ القوانين الفقهية ص ١٤٨ ، المغنى ٤٠٩/١٠ ، الشرح الكبير معه ٤٣٣/١٠ ، نيل الأوطار ٢٧٤/٧ ، الكافى لابن عبد البر ص ٢١٥ ، شرح منح الجليل ٧٣٨/١ ، القبس فى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس لأبى بكر بن العربى ٦٠١/٢ تحقيق محمد عبد الله ولد كريم ط ١ دار الغرب الإسلامى سنة ١٩٩٢ م

(٥) تكملة المجموع ١٤٠/٢١ مغنى المحتاج ١٣٠/٣ ، العزيز ٣٤٩/٧ .

الخمس ، وإن شاء بعده . وقد روى هذا عن النخعي وطائفة[١] .

الأدلة

أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول على أن النفل يدفع من أصل الغنيمة ، بالسنة والمعقول :

أما السنة : فما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث سرية قِبَلَ نجد ، فأصبنا نعماً كثيرة فنفلنا أميرنا بعيراً بعيراً لكل إنسان ، ثم قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم بيننا غنيمتنا ، فأصاب كل رجل منا اثنى عشر بعيراً بعد الخمس ، وما حاسبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذى أعطانا صاحبنا ولا عاب عليه ما صنع ، فكان لكل رجل منا ثلاثة عشر بعيراً بنفله[٢].

وجه الدلالة منه ظاهر ؛ حيث إن أمير هذه السرية قد نفل كل واحد منهم بعيراً قبل أن تقسم عليهم الغنائم بمعرفة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد أقره النبى صلى الله عليه وسلم على هذا العمل وقسم عليهم الغنائم ، ولم يحسب ما أخذوه من جملة أنصبائهم ، فدل على أن النفل يكون من أصل الغنيمة[٣] .

وأما المعقول : فهو أن النفل زيادة على السهم المستحق للمقاتل ، فوجب أن يكون من أصل الغنيمة كالسلب[٤] .

وأيضاً فإنه غير مقدر ، أى أن تقديره يرجع إلى اجتهاد الإمام ، فوجب أن يكون من اصل الغنيمة كالرضخ المستحق منها [٥] .

أدلة المذهب الثانى :

استدل أصحاب المذهب الثانى على أن النفل يدفع من أربعة أخماس الغنيمة بالكتاب والسنة والمعقول :

---

(١)رواه عنهم ابنا قدامة فى المغنى ٤٠٩/١٠ ، والشرح الكبير معه ٤٣٣/١٠ .

(٢)رواه الإمام مسلم فى صحيحه ، كتاب الجهاد والسير ،باب(١٢) الأنفال ٥٤/١٢ ، ٥٥ (١٧٤٩/٣٥ ، ٣٦ ، ٣٧).

(٣) المغنى ٤٠٩/١٠ ، الشرح الكبير معه ٤٣٣/١٠ ، فتح البارى ٢٧٦/٦ ، ٢٧٧ ، نيل الأوطار ٢٧/٧ .

(٤) مغنى المحتاج ١٣٠/٣

(٥) المجموع ١٤٠/٢١ .

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **واعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه وللرسول و لذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل** ﴾ [١]

وجه الدلالة من الآية : أن الله تعالى قد بين أصحاب خمس الغنيمة فيها ، ولم يذكر من بينهم الغانمين ولا من عاونوهم ، فاقتضى ذلك أن يكون الخمس خارجاً من الغنيمة كلها ، ولا يجب فيه شئ لغير هؤلاء المنصوص عليهم[٢] .

وأما السنة فمنها :

١- ما روى عن معن بن يزيد السلمي قال : سمعت النبى صلى الله عليه وسلم قال : " **لا نفل إلا بعد الخمس** " .[٣]

وجه الدلالة من هذا الحديث : أن النبى صلى الله عليه وسلم نفى فيه أن يعطى النفل لصاحبه إلا بعد إعطاء الخمس لمستحقيه ، فلزم منه أن يعطى النفل من أربعة أخماس الغنيمة .

٢- ما روى عن حبيب بن مسلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم نفل الثلث بعد الخمس "[٤]

وجه الدلالة منه : أنه بين أن النبى صلى الله عليه وسلم نفل بعد الخمس ، فأفاد أن النفل لا يكون إلا من أربعة أخماس الغنيمة[٥] .

---

(١) صدر الآية ٤١ من سورة الأنفال .

(٢) المغنى ٤٠٩/١٠ ، الشرح الكبير معه ٤٣٤/١٠ ، الفقه الحنبلى الميسر . د .وهبه الزحيلى ٢٣٦/٤ .

(٣) رواه الإمامان : أحمد فى مسنده ٤٧٠/٣٥ ،، وأبو داود فى سننه ، كتاب الجهاد باب فى النفل من الذهب والفضة ومن أول مغنم ٨١/٣ ، ٨٢ (٢٧٥٣ ، ٢٧٥٤) وسكت عنه . وذكره المتقى الهندى فى كنز العمال ٣٧٢/٤ (١٠٩٦٦) وعزاه إلى الإمام أحمد . وانظر :المبدع ٣٦٥/٣ ، كشاف القناع ٨٦/٣ ، المغنى ٤٠٩/١٠ ، العزيز ٣٤٨/٧ ، السيل الجرار ٥٤١/٤ ، المحلى لابن حزم ٤٠٧/٥ ، الفقه الحنبلى الميسر ٢٣٦/٤ .

(٤) رواه ابن ماجة فى سننه كتاب الجهاد باب (٣٥) النفل ٩٥١/٢ (٢٨٥١) وروى عن عبادة أيضاً أن النبى صلى الله عليه وسلم نفل فى البدأة الربع ، وفى الرجعة الثلث (الموضع السابق برقم (٢٨٥٢) وروى عن عبادة أيضاً من طريق مكحول أن النبى صلى الله عليه وسلم نفل فى البدأة الربع وحين قفل الثلث قال فى الزوائد : إسناده حسن (سنن ابن ماجة ٩٥١/٢ ، ٩٥٢ ، ٢٨٥٣)

(٥) العزيز ٣٤٨/٧ ، المغنى ٤٠٩/١٠ ، الشرح الكبير معه ٤٣٣/١٠ ، المحلى ٤٠٧/٥ السيل الجرار ٥٤١/٤ ، نيل الأوطار ٣٤٨/٧ .

٣- مـــا روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يـــنفل بعض من يبعث من السرايا لأنفسهم خاصة سوى قسم عامة الجيش ، والخمس فى ذلك كله واجب[١] .

وجـه الدلالـة مـنه : أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يعطى النفل لبعض من يبعث من السرايا بعد أن يجنب الخمس المنصوص عليه فى الآية الكريمة ، فدل على أن النفل يخمس ، أى يعطى من الأربعة الأخماس[٢] .

وأما الأثـر : فمـــا روى عن جرير بن عبد الله البجلى أنه لما قدم على عمر فى قومـــه . قـــال له عمـــر : هل لك أن تأتى الكوفة ولك الثلث بعد الخمس من كل أرض وشيء[٣]

وجه الدلالة منه ظاهر : حيث قد شرط عمر رضى الله عنه لجرير بن عبد الله الجبلى الثلث من كل ما يغنم بعد الخمس ، فدل على أن النفل لا يكون من الخمس .

وأما المعقول : فهو أن النفل مال استحق بالتحريض على القتال ، فكان من أربعة أخماس الغنيمة[٤] .

أدلة المذهب الثالث :

استدل أصحاب المذهب الثالث على أن النفل يدفع من الخمس الواجب لبيت المال بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **واعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه وللرسول و لذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل**﴾ [٥].

وجـه الدلالـة من الآية :أن الله تعالى بين فيها أن أربعة أخماس الغنيمة للغانمين – كما سبق توضيحه – فلا يجوز أن يؤخذ منها شئ لغيرهم ؛ لأنها مملوكة لهم.فتعين أن

---

(١) متفق عليه : صحيح البخارى مع الفتح كتاب فرض الخمس باب (١٥) ومن الدليل على أن الخمس لنوائب المسلمين ٢٧٣/٦ (٣١٣٥) ، صحيح مسلم بشرح النووى كتاب الجهاد والسير باب (١٣) الأنفال ٥٦/١٢، ٥٧ (٤٠) .

(٢) نيل الأوطار ٢٧٥/٧ ، ٢٧٦ ، السيل الجرار ٥٤١/٤ ، المحلى ٤٠٧/٥ .

(٣) قـــال ابن قدامة : رواه الخلال بإسناده .... وذكره ابن المنذر أيضاً عن عمر – (المغنى ٤٠٣/١٠) ورواه ابن حزم فى المحلى بالآثار ٤٠٧/٥ .

(٤) المبدع ٣٦٥/٣ ، كشاف القناع ٨٦/٣ .

(٥) صدر الآية ٤١ من سورة الأنفال .

يكون النفل من الخمس[١] .

وأما السنة فمنها :

١- مـــا روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعـــث ســـرية فيها عبد الله بن عمر - قِبَل نجد ، فغنموا إبلاً كثيرة ، فكان سهمانهم اثنى عشر بعيراً ، ونفِّلوا بعيراً بعيراً "[٢].

وجـه الدلالـة منه : أنه ذكر أن سهمانهم بلغت اثنى عشر أو أحد عشر بعيراً ، ثم نفِّلوا بعيراً بعيراً . وهذا يدل على أن النفل من غير الأربعة الأخماس .

أو بعبارة أخرى : إنـــه أضاف الاثنى عشر إلى سهمانهم ، فكأنه أشار إلى أن ذلك قد تقرر لهم استحقاقه ، ولا مكان له غير الخمس[٣] .

٢- مـــا روى عـــن ســـعيد بـــن المسيب أنه قال : "كان الناس يُعطون النفل من الخمس"[٤].

وجـه الدلالـة منه أوضح من أن يوضـح . قال الإمام مالك : "وذلك أحسن ما سمعت إليّ فى ذلك"[٥].

٣- مـــا رواه مسـلم عـــن طريق الزهرى قال : بلغنى عن ابن عمر قال : "نفَّل رسول الله صلى الله عليه وسلم سرية بعثها قبل نجد من إبل جاءوا بها نفلاً سوى نصيبهم من المغنم"[٦] .

فهذا يدل على أن النفل كان من الخمس .[٧]

وأما المعقـول فهو أن الأربعة الأخماس من الغنيمة للغانمين تجب المساواة بينهم فـــيه ، لا يـــزاد أحد منهم لغَنَاَئِه ولا لقتاله ، ولو كان فيه تفضيل لقتل أو قتال لوجب أن

---

(١) النوادر والزيادات ٢٢١/٣ ، التاج والإكليل ٥٧٠/٤ ، بداية المجتهد ٥٢٤/١ ، أحكام القرآن للجصاص ٥١/٣ ، القبس فى شرح موطأ الإمام مالك ٦٠٠/٢ ، ٦٠١ .

(٢) سبق تخريجه فى صـــ ٥٩٩.

(٣) المنتقى للـــباجى ١٩٠/٣ ، بداية المجتهد ٥٢٥/١ ، النوادر والزيادات ٢٢٢/٣ ، فتح البارى ٢٧٧/٦ ، القبس فى شرح موطأ الإمام مالك لابن العربى ٦٠٢/٢ .

(٤) رواه الإمام مالك فى الموطأ ٤٥٦/٢ (٢٠) ، والبيهقى فى سننه كتاب قسم الفئ والغنيمة باب النفل من خمس الخمس سهم المصالح ٣١٤/٦ .

(٥) الموطأ للإمام مالك ٤٥٦/٢ .

(٦) رواه مسلم فى صحيحه كتاب الجهاد والسير باب (١٣) الأنفال ٥٦/١٢ ، ٥٧ (٤٠) .

(٧) فتح البارى ٢٧٧/٦ .

يفاضــل بينهم للغنَاء ، فلا يأخذ عبد الله بن مسعود وأبو هريرة مثل ما يأخذ على بن أبى طالــب والـزبير بن العوام وخالد بن الوليد والبراء بن مالك وأبو قتادة الأنصارى رضى الله عــنهم . ولما أجمع المسلمون على أن حقوقهم متساوية وإن اختلفوا وتباينوا فى القتل والقتال ، بطل أن يكون للقتل مزية لأحد من الأربعة الأخماس . وإنما يكون التفاضل فى الخمــس ، فإنه محل للتفاضل والعطاء لبعض دون بعض على قدر اجتهاد الإمام[1]. قال ابن حجر : "وظاهرة اتفاق الصحابة على ذلك"[2] .

أدلة المذهب الرابع :

اســتدل أصــحاب المذهب الرابع على أن النفل يدفع من خمس الخمس المرصد للمصالح بالسنة والمعقول :

أما السنة فمنها :

١- مــا روى عــن ســعيد بــن المسيب أنه قال : "كان الناس يعطون النفل من الخمس"[3].

وجـه الدلالـة مـن هذا الحديث : أنه يبين أن الناس كانوا ينفّلون من الخمس ، والخمــس موزع بالنص على خمسة ، قسم لرسول الله صلى الله عليه وسلم يتصرف فيه كيف شاء ويضعه حيث أراه الله ، وهذا الذى يعطى منه النفل ، وما سوى ذلك السهم من بقية الخمس يكون لمن سماهم الله عز وجل فى كتابه وهم ذووا القربى ومن عطف عليهم ، فلا ينفل من حقوقهم لأحد[4].

قــال الإمام الشافعى : "وقول سعيد بن المسيب يعطون النفل من الخمس كما قال إن شــاء الله ، وذلك من سهم النبى صلى الله عليه وسلم ، فإن له خمس الخمس من كل غنــيمة ، فكان النبى صلى الله عليه وسلم يضعه حيث أراه الله ، كما يضع سائر ما له ، فكــان الذى يريه الله تبارك وتعالى ما فيه صلاح المسلمين ، وما سوى سهم النبى صلى الله علــيه وسلم من جميع الخمس لمن سماه الله عز وجل له ، فلا يتوهم عالم بأن يكون قوم حضروا فأخذوا ما لهم وأعطوا مما لغيرهم إلا أن يطوع به عليهم غيرهم"[5] .

---

(١) المنتقى للباجى ١٩٠/٣ ، ١٩١ ، ١٩٤ ، ١٩٥ .

(٢) فتح البارى ٢٧٧/٦ .

(٣) سبق تخريجه فى صـ ٦٠٢.

(٤) الشيخان على معوض وعادل عبد الموجود فى تحقيقها للعزيز ٣٤٨/٧ ف٢ هامش .

(٥) الأم للإمام الشافعى ١٤٣/٤ .

٢- ما روى عن عمرو بن شعيب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : "**مالى مما أفاء الله عليكم إلا الخمس ، وهو مردود عليكم**"[١] .

وجه الدلالة منه ظاهر[٢] ، حيث إنه صلى الله عليه وسلم بين فيه أن نصيبه من الفـــئ لا يتجاوز الخمس ، وهو مردود فى مصالح المسلمين ، ومن مصالح المسلمين ما تحقق لهم بسبب النفل ، فوجب أن يصرف منه .

وأمـــا المعقـــول فهو أنه لما كان خمس الخمس مبذولاً فى المصالح ، وكان سبب النفل من المصالح ، وجب أن يصرف النفل منه كسائر المصالح[٣].

دليل المذهب الخامس :

اســـتدل أصحاب المذهب الخامس على القول بأن الإمام مخير فى أن يخرج النفل مـــن الخمس أو من غيره بقوله تعالى : **﴿ واعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه وللرسول و لذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾**[٤]وقوله تعالى:**﴿ يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول﴾**[٥] .

فهاتان الآيتان تفيدان تخيير الإمام بين أن ينفل من رأس مال الغنيمة من شاء ، وبين ألا ينفل من راس مالها[٦] .

وبيان ذلك أن الآية الثانية تفيد أن الأنفال لله والرسول ، يتصرف فيها رســـول الله صلى الله عليه وسلم حيث شاء بما يرى فيه الخير للمسلمين . والآية الأولى تفـــيد وجوب تخميس الغنائم قليلها وكثيرها حتى الخيط والمخيط - كما قال المفسرون - وخمســـها الأول لله وللرســـول وذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل . أما أربعة أخماســـها فتبقى على حالها من قصر حق التصرف فيها لرسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) رواه أبو داود فى سننه كتاب الجهاد باب فى الإمام يستأثر بشئ من الفئ لنفسه ٨٢/٣ (٢٧٥٥) عن عمرو بن عبسة ، وســـكت عـــنه . وعـــن عمرو بن عبسة أيضاً رواه البيهقى فى سننه كتاب قسم الفئ والغنيمة ٣٣٩/٦ ، والحاكم فى المســـتدرك كتاب معرفة الصحابة باب ذكر عمرو بن عبسه السلمى رضى الله عنه ٦١٦/٦ ، ٦١٧ . ورواه البيهقى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فى كتاب الصدقات ١٧/٧ . والحديث صححه الألبانى فى الإرواء ٧٣/٥ (١٢٤٠) .

(٢) تكملة المجموع ١٤٠/٢١ ، فتح البارى ٢٧٧/٦ .

(٣) تكملة المجموع ١٤٠/٢١ .

(٤) صدر الآية ٤١ من سورة الأنفال .

(٥) صدر الآية الأولى من سورة الأنفال .

(٦) بداية المجتهد ٥٢٤/١ ، ٥٢٥ .

ولمن جاء بعده من ولاة المسلمين ، إن شاءوا أعطوها للغانمين ، وإن شاءوا أوقفوها على المصالح العامة على ما نصت عليه الآية الثانية .

الترجـــــيح :

بعد بيان آراء الفقهاء وأدلتهم فى محل دفع النفل ، أرى أنه يمكن للإمام أن يعمل بكــل هذه المذاهب ، فيختار للنفل من هذه الأوعية أو المحال – الخمس وخمسه وأربعة أخماس الغنيمة ورأس مالها – ما يتناسب منها وظروف الحال ، من حيث الزمان والمكان ، وكثرة الغنائم أو قلتها ، وكذلك من حيث الظروف الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع .

فإذا جاءت الغنائم فى وقت كانت فيه الأحوال الاقتصادية والاجتماعية سيئة ، بأن كــان المجــتمع فى حالة ركود إقتصادى وكانت الحاجة ماسة إلى إقامة منشآت وأدوات للإنـــتاج ، أو تعمير مصالح ومرافق وخدمات وما إلى ذلك ، وفى نفس الوقت كثرت فيه أعداد المستحقين لأربعة أخماس الخمس – ذوى القربى واليتامى والمساكين وأبناء السبيل – وكانت هذه الغنائم قليلة ، ففى هذه الحالة يخرج الإمام النفل من أربعة أخماسها ؛ عملاً بالمذهـــب الثانى ؛ وتغليباً للمصلحة العامة على مصلحة الغانمين الخاصة ؛ إذ لو أخرجه مـــن الخمـــس رغم هذه الظروف ؛ لأضر بالمصلحة العامة ، حيث سيقل خمس الخمس المرصد للصالح العام عن القدر الكافى للمساهمة فى تغطية النفقات المطلوبة لبناء المجتمع وتطويره وتحديثه بالشكل الذى يعود بالخير على عموم المسلمين .

أمـــا إذا جـــاءت هـــذه الغنائم فى وقت كانت الظروف الاقتصادية والاجتماعية متحســـنة ؛ بأن كان المجتمع فى رخاء إقتصادى وتقدم مدنى ، ولا تدعو فيه الحاجة إلى مـــزيد من النفقات على النواحى المدنية ، وفى نفس الوقت قلت فيه أعداد مستحقى أربعة أخماس الخمس ، وكانت الغنائم كثيرة ، ففى هذه الحالة للإمام أن يخرج الأنفال من خمس الغنيمة ، عملاً بالمذهب الثالث ؛ حيث لن يترتب على ذلك ضرر بالصالح العام . أما إذا كانـــت أعداد المستحقين لأربعة أخماس الخمس – رغم التحسن الاقتصادى – متزايدة ، فللإمـــام أن يقتصـــر فـــى إخـــراج الأنفال على خمس الخمس – سهم المصالح – عملاً بالمذهب الرابع . ومراعاة لهؤلاء المستحقين ؛ إذ لو أخرجت الأنفال من مجموع الخمس ؛ لأضر بهم ، والضرر مرفوع بنص الشرع .

وإذا كانت الظروف الاقتصادية والاجتماعية متوسطة أو فى حالة نمو ، فبإمكان الإمام أن يخرج الأنفال من أصل الغنيمة ؛ عملاً بالمذهب الأول .

وهكذا فيعمل بكل المذاهب على ما يختار الإمام بحسب الأحوال . وهذه النظرة قريبة مما ذهب إليه النخعي وطائفة من العلماء ، فلقد روى عنهم أنهم قالوا : "إن شاء الإمام نفلهم قبل الخمس ، وإن شاء نفلهم بعده"[1].

وإنما كان هذا راجحاً في نظري ؛ لأن الآيتين اللتين استدل بهما النخعي ومن معه يفيدان ذلك ولا تعارض بينهما كما عرفنا .

فإن قيل : إن آية أول سورة الأنفال منسوخة بالآية الأخرى **﴿ واعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه ﴾** الآية[2]

أجيب بأن دعوى النسخ هذه غير متفق عليها والصحيح أنها لم تنسخ[3] .

وبورود الأخبار المؤيدة لكل من هذه المذاهب ، وكلها أخبار صحيحة ، وعند ورود مثل هذه الأخبار التي يوحي ظاهرها بالتعارض ، لا بد من الجمع بينها ، وخاصة إذا أمكن الجمع ، وانعدم ما يرجح بعضها . والجمع بين هذه الأخبار ممكن ، وذلك يكون في العمل بما انتهينا إليه ، فإعمال الكلام أولى من إهماله كما هو معروف في علم الأصول .

ولعل في كلام أبي عبيد الآتي ما يؤيد هذا الرأي ، فلقد قال – **رحمه الله** – : "...إلا أن الأصل عندي في الخمس ، أن يوضع في أهله المُعْلَمين في التنزيل ، لا يعدا به غيرهم ، إلا أن يكون صرفه إلى نفل المقاتلة خيراً للمسلمين عامة من أن يوضع في الأصناف الخمسة ، فيصرف حينئذ إليهم على ما جاءت الأخبار ، فأما إذا كانت الأصناف المُعْلَمون أحوج إليه فلا"[4] وقال أيضاً : "والفئ والخمس جميعاً أصلهما من أموال أهل الشرك ، فرأوا رد الخمس إلى أصله عند موضع الفاقة من المسلمين إلى ذلك"[5] .

هذا **والله تعالى أعلم** .

✢✢✢✢✢✢

---

(١) المغني ٤٠٩/١٠ ، الشرح الكبير معه ٤٣٣/١٠ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٥٠/٣ .

(٣) قال ابن زيد عن هذه الآية : "ليست منسوخة بل هي محكمة" . (تفسير ابن كثير ٢٩٠/٢) .

(٤) الأموال لأبي عبيد ص ٤١٠ .

(٥) المرجع السابق ص ٤١١ .

المبحث الرابع

الحكم في دعوى مستحقي الخمس سوى المصالح في الفقه الإسلامي

عرفنا أن الفقهاء قد اتفقوا على وجوب تخميس أموال الغنيمة المنقولة ؛ تطبيقاً لقوله تعالى ﴿ **واعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه وللرسول و لذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل** ﴾[١].

وعرفنا أيضاً أن الإمام الشافعي والإمام أحمد في رواية قالا بوجوب تخميس أمــوال الفئ المنقولة أيضاً ، لقوله تعالى ﴿ **ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول و لذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل**﴾ [٢] .

وبناء عليه فإن كلا من خمس الغنيمة – على رأى جمهور الفقهاء –[٣] ، وخمس الفــئ – على رأى الشافعي وأحد في رواية ــ يقسم خمسة أسهم بين هؤلاء الذين نصت عليهم الآيتان الكريمتان هكذا :

١- **سهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم** ، ويصرف بعده في آلة القتال وفي المصالح العامة للمسلمين .[٤]

٢- **سهم لذوى القربى** . وهم أقارب الرسول صلى الله عليه سلم المنتسبون إلى هاشـــم وإلـــى المطلـــب بَنَيْ عبد مناف ، دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل[٥] .

---

(١) صدر الآية ٤١ من سورة الأنفال . وراجع ص ٥٨١.

(٢) صدر الآية ٧ من سورة الحشر . وراجع ص ٥٨٣ .

(٣) ما عدا المالكية الذين ذهبوا إلى أن الخمس كله لبيت المال ، يصرفه الإمام باجتهاده في مصالح المسلمين العامة والخاصة ، عــلى النحو السالف الذكر بالنسبة لمصرف الفئ في ص ٥٨٢ ، إلا أنه هنا يبدأ بالصرف ندباً لآل النبي صلى الله عليه وسلم . فيعطيهم ما يكفيهم . وقيل : يبدأ بنفسه وعياله . (الذخيرة للقرافي ٤٣١/٣ ، النوادر والزيادات ١٩٦/٣ ، ١٩٧ ، بداية المجتهد ٥١٧/١ ، الشرح الكبير و حاشية الدسوقي ١٩٠/٢ ، تفسير القرطبي ١١/٨ ، تفسير الفخر الرازي ١٧٠/١٥ القبس في شرح موطأ الإمام مالك بن أنس ٦٠١/٢) .

(٤) المقنع مع المغني ٣٠٢/٧ ، الحاوي ٤٢٩/٨ ، المبسوط للسرخسي ٨/١٠ ، فتح الباري ٢٥١/٦ .

(٥) هذا مذهب الجمهور – وهو الراجح –بخلاف ما ذهب إليه المالكية ومجاهد وعلى بن الحسين إلى أنهم بنو هاشم خاصة . وما ذهب إليه بعض السلف – كما قال القرطبي – من أنهم قريش كلها . (حاشية ابن عابدين ١٨٤/٦ ، بداية المجتهد ١/ ٥١٧ ، الشــرح الكبير للدردير ١٩٠/٢ ، مغني المحتاج ١٠٢/٣ ، الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٣١ ، كشاف القناع ٨٥/٣ ، منار السبيل ٢٧٦/١ ، المحلى لابن حزم ٣٨٨/٥ ، الإقناع لابن المنذر ص ٢٥٤ ، تفسير القرطبي ١٢/٨ ، ١٣ ، تفسير ابن كثير ٣١٩/٢ ، فتح الباري ٢٨٣/٦ ، نيل الأوطار ٧٠/٨) .

٣- **سهم لليتامى** . وهم الذين لا آباء لهم – وقيل : ولا أجداد – ولم يبلغوا الحلم[١] .

٤- **سهم للمساكين والفقراء** . والمساكين هم الذين لهم مال أو كسب لكنه لا يكفيهم . أو بعبارة أخرى : هم الذين لا يفى دخلهم بخرجهم . والفقراء هم الذين لا مال لهم ولا كسب يقع موقعاً من حاجتهم[٢] .

٥- **سهم لابن السبيل** . وهو المسافر الذى انقطعت به الأسباب فى سفر عن بلده ومستقره وماله[٣] . أى الذى ليس له ما يرجع به إلى بلده وإن كان غنياً ببلده ، ما دام سفره فى غير معصية[٤] .

وألحق بعض الحنفية بالمسافر : كل من هو غائب عن ماله وإن كان فى بلده ؛ لأن الحاجة هى المعتبرة ، وقد وجدت ؛ لأنه فقير يداً وإن كان غنياً ظاهراً[٥] .

=هذا وقد ذهب الحنفية إلى إسقاط هذين السهمين – سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم ذوى القربى – بعد وفاته صلى الله عليه وسلم . (المبسوط للسرخسي ٨/١٠ وما بعدها ، البدائع ١٨٥/٧ ، ١٨٦ ، الهداية ٨٣٨/٢ ، ٨٣٩ ، البحر الرائق ٩٠/٥ ، ٩١ ، تبين الحقائق ٢٥٧/٣ ، شرح فتح القدير ٥٠٣/٥ وما بعدها).

(١) العزيز للرافعى ٣٣٢/٧ ، المغنى ٣٠٦/٧ ، المبدع ٣٦٤/٣ ، البحر الزخار ٨٨/٥ ، تفسير الكاشف للزمخشرى ٤٩٣/١ . .

(٢) هذا ما عليه الجمهور : الشافعية والحنابلة والظاهرية ، وبعض المالكية . وقد ذهب إلى عكس ذلك الحنفية والمالكية فى المشهور ، فعرفوا الفقير بأنه : من يملك شيئاً دون النصاب الشرعى فى الزكاة ، أو يملك ما قيمته نصاب الزكاة أو أكثر من الأثاث والأمتعة والثياب والكتب ونحوها مما هو محتاج إليه لاستعماله والانتفاع به فى حاجته الأصلية . وعرفوا المسكين بأنه : من لا يملك شيئاً . فعلى مذهب الجمهور ، الفقير أسوأ حالاً من المسكين ، وعلى مذهب الحنفية والمالكية فى المشهور ، العكس . وهناك أقوال كثيرة فى معنى الفقير والمسكين . إلا أنهم صرحوا بأنه لا أثر للخلاف حول هذه القضية حتى فى باب الزكاة . (راجع : المنهاج ومغنى المحتاج ١٣٦/٣ ، ١٣٨ ، ١٣٩ ، الحاوى ٤٣٨/٨ ، المغنى ٣١٣/٧ ، المقنع والإنصاف ١٩٥/٣ ، المحلى لابن حزم ٢٧٢/٤ ، إحياء علوم الدين للغزالى ٢٠١/١ ط الحلبى ، تبين الحقائق ٢٩٦/١ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٢٥٦/٣ ، ٢٥٧ ، الذخيرة للقرافى ١٤٣/٣ ، التاج والإكليل ٢١٩/٣ ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ١٦٩/٨ ، أحكام القرآن للجصاص ١٢٢/٣ ، ١٢٣). وإنما عطفت الفقراء على المساكين رغم أن الآيتين الكريمتين نصتا على المساكين فقط ؛ لأن الفقراء يدخلون فى جملتهم إذا أطلقوا – كما قال الفقهاء – وكذلك إذا أطلق الفقراء ، فإن المساكين يدخلون فى جملتهم . أما إذا اجتمعوا مُيّز بينهما . (الحاوى الكبير ٤٣٨/٨ ، فقه الزكاة د. يوسف القرضاوى ٥٤٥/٢ ط مؤسسة الرسالة – بيروت سنة ١٤٠٥هـ–١٩٨٥) .

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ١٨٧/٨ ، أحكام القرآن للجصاص ٦٦/٣ ، ١٢٧ .

(٤) الذخيرة ١٤٨/٣ ، ١٤٩ ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٢٣٤/٣ ، المغنى ٣٢٨/٧ ، أحكام القرآن للجصاص ٦٦/٣ ، ١٢٧ .

(٥) تبين الحقائق ٢٩٨/١ ، حاشية ابن عابدين ٢٦٢/٣ .

كما ألحق به الشافعيُّ منشئ السفر ، أي الذى يريد أن يسافر سفراً مشروعاً تقصر فيه الصلاة ، لكنه لا يجد ما يسافر به[١] .

وهناك صورة معاصرة اعتبرها الشيخ القرضاوى صوراً لابن السبيل منها :

أ- الغنى الذى ليس له رصيد فى البنك ، إذا كان بعيداً عن ماله ، أو لذى له رصيد فى البنك ، ولكنه انقطع عنه فى قرية نائية أو صحراء شاسعة ، ولا يستطيع الوصول إلى المدينة حتى يأخذ من البنك ما يريد .

ب- المشردون واللاجئون الذين اضطهدتهم حكوماتهم فى بلادهم حتى اضطرتهم للخروج منها .

جـ- الطلاب النابهون ، والصناع الحاذقون ، والفنيون المتقنون ، وغيرهم ممن يحتاجون إلى بعثات للخارج للتخصص فى علم نافع ، أو للتدريب على عمل منتج يعود بالخير على الدين والأمة – إذا أخذنا بالمذهب الشافعى –.

د- السُّؤَّال أى المتسولون الذين يتكففون الناس ويسألونهم . فهؤلاء يعتبرون من أبناء السبيل أيضاً ، إضافة إلى كونهم فقراء ومساكين.

هـ- كذلك فإن اللقيط يوشك أنْ يدخل فى معنى ابن السبيل ؛ لأن القرآن الكريم إن كان قد عنى بأمر اليتيم والإحسان إليه ؛ لفقده الناصر القوى الغيور والمربى الأمين ، وهو الأب ، فإن اللقيط أولى وأجدر منه بالإحسان ؛ لنفس الحكمة[٢] .

وكل من ينتمي إلى هذه الفئات – ذوى القربى ، واليتامى ، والمساكين ، وابن السبيل – يجهل مقدار ما يستحق من هذا المال ؛ ولذا فإن من يدعى بحقه منهم ، فإنه يدعى به مجهولاً[٣] . والقاضى يحكم له بناتج قسمة سهم صنفه أو فئته على مجموع أعدادهم . وله أن يستعين فى ذلك بأجهزة الدولة .

ولكن يثور تساؤل ، وهو هل كل من ينتمون إلى هذه الفئات من المسلمين فى جميع الأقطار يشتركون فى الخمس ؟ أم أنه يختص به من ينتمون إليها من إقليم ذلك الثغر ، فيختص أهل كل ناحية بخمس مغزاها الذى ليس لهم مغزى سواه ؟

---

(١) الحاوى ٤٣٩/٨ ، العزيز ٣٩٧/٧ ، مغنى المحتاج ١٤٣/٣ ، تفسير ابن كثير ٣٢٠/٢ ، ٣٧٣ .

(٢) فقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوى ٦٨٢/٢ وما بعدها – باختصار وتصرف – .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠٢ .

قال بالأول الشافعي والحنابلة ، لعموم النص القرآني [١] . وقال بالثاني أبو إسحاق المروزي[٢] من أصحاب الشافعي ؛ تحاشياً للمشقة التي تترتب على نقل المال من مكانه إلى مكان آخر . ولأن تعميمهم أمر متعذر[٣] .

لكن الراجح هو الأول . وما احتج به المروزي لا وجه له خاصة في هذا الزمن الذي تنوعت فيه وسائل النقل ، وتطورت أجهزة الإحصاء . فإحصاء كل من ينتمون إلى هذه الفئات ونقل حقوقهم إليهم في هذه الأيام من السهولة بمكان ... والله أعلم .

ويثور تساؤل آخر وهو : هل يسوّي الحاكم في قسمته هذه بين الذكور والإناث ؟ أم يقسم الخمس بين مستحقيه قسمة ميراث – للذكور مثل حظ الأنثيين –؟ وهل له أن يفاضل بين المستحقين لمعنى آخر كصلاح وغيره ؟

رأيان :

أحدهما : على الحاكم أن يقسم كل سهم على مستحقيه قسمة ميراث – للذكر مثل حظ الأنثيين – وله أن يجتهد في المفاضلة بينهم . وهذا الرأي قال به بعض الشافعية وبعض الحنابلة[٤] .

والثاني على الحاكم أن يسوي في القسمة بين الذكور والإناث ، وعليه أن لا يفاضل بينهم لأي معنى آخر ؛ قياساً على قسمة الوصية والوقف . وهذا الرأي قال به أبو ثور والمزني[٥] وابن المنذر[٦] .

---

(١) الحاوى ٤٣٨/٨ ، ٤٣٩ ، مغنى المحتاج ١٢٢/٣ ، العزيز ٣٣٣/٧ ، المغنى ٣٠٧/٧ ، الإنصاف ١٥٦/٤ .

(٢) هو إبراهيم بن أحمد المروزى المتوفى بمصر سنة ٣٤٠هـ وكان إماماً جليلاً غواصاً على المعانى ، ورعاً زاهداً ، أخذ عن ابن سريج والإصطخرى وعبدان المروزى ، وانتهت إليه رياسة العلم ببغداد وانتشر الفقه عن أصحابه فى البلاد ، ثم انتقل فى آخر حياته إلى مصر وجلس فى مجلس الشافعى . قال العبادى : "وخرج من مجلسه سبعون إماماً " ومن تلاميذه أبو على بن أبى هريرة ، وأبو زيد المروزى وأبو حامد المروزى . وله مؤلفات كثيرة منها : "شرح المختصر " والتوسط بين الشافعى والمزنى " .(طبقات ابن قاضى شبهة ١٠٥/١ ، طبقات الإسنوى ص ٣٦٢ (١٠١٥) ، تاريخ بغداد ١١/٦) .

(٣) الحاوى ٤٣٨/٨ ، ٤٣٩ ، العزيز ٣٣٣/٧ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ١٣٤/٤ ، مغنى المحتاج ١٢٢/٣ ، المغنى ٣٠٥/٧ ، ٣٠٦ .

(٤) الحاوى ٤٣٨/٨ ، ٤٣٩ ، العزيز ٣٣٣/٧ ، المغنى ٣٠٥/٧ ، ٣٠٧ .

(٥) هو أبو إبراهيم ، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزنى ، المصرى المولود سنة ١٧٠هـ والمتوفى فى رمضان وقيل : فى ربيع الأول سنة ٢٦٤هـ . كان فقيهاً مجتهداً ، صحب الشافعى وحدث عنه . وروى عنه ابن أبى حاتم الرازى ، والطحاوى ، وأبو يحيى الساجى وغيرهم . قال فيه الإمام الشافعى : "المزنى ناصر مذهبى " وقال فى قوة حجته : "لو ناظر الشيطان لغلبه " . وترك مؤلفات كثيرة منها :"الجامع الكبير " و"الجامع الصغير" و"المختصر" و"المنثور" .(طبقات ابن قاضى شهبة ٥٨/١ ، شذرات الذهب ١٤٨/٢ ، تهذيب الأسماء واللغات ٢٨٥/٢ ، معجم المؤلفين ٢٩٩/٢).

(٦) الحاوى ٤٣٨/٨ ، ٤٣٩ ، المغنى ٣٠٥/٧ ، ٣٠٧ ، الإقناع لابن المنذر ص ٢٥٤ .

المبحث الخامس
الحكم في دعوى مستحق الفيء
في الفقه الإسلامي

عرفنا أن جمهور الفقهاء قالوا بأن أموال الفيء المنقولة ، توقف على مصالح المسلمين العامة والخاصة ، بحسب ما يرى الإمام . وأن الشافعي وأحمد في رواية قد خالفا الجمهور في ذلك وقالا بتخميس أموال الفيء المنقولة كالغنيمة . وعلى كلا الرأيين فمستحقوا الفيء يجهلون مقدار ما يستحقون منه ، ولذا فإن من يدعى منهم بحقه فإنه يدعى به مجهولاً[١] .

والحكم في هذه الدعوى يتوقف على معرفة أمرين :

أحدهما : مقدار ما يستحق لكل واحد من أهل الفيء .

والثاني حكم تفضيل بعض أهل الفيء على بعض . وبيان ذلك فيما يلي :

أولاً : مقدار ما يستحق لكل واحد من أهل الفيء :

أما عن مقدار ما يستحق لكل واحد من أهل الفيء : فإنه يعطى كل واحد منهم قدر حاجته ، أي قدراً كافياً للنفقة عليه وعلى من يعول طيلة سنة أو أقل ؛ بحسب ما يتيسر للإمام ؛ لأن وقت العطاء مرتبط بوقت مجيء الفيء[٢] .

وينبغي للإمام عند تقديره لهذه النفقة أن يراعي عدد من يعول صاحب الفيء من الأولاد والزوجات والخدم قلة وكثرة ، وأحوال الأسعار من الرخص والغلاء ، وكذلك أحوال البلاد من الخصوبة والجدوبة ؛ فإن اختلاف هذه الأحوال يؤثر في زيادة النفقة وقلتها ؛ حيث يقل الإنفاق مع قلة عدد الأولاد ورخص الأسعار وخصوبة البلاد ، ويكثر مع زيادة عدد الأولاد وغلاء الأسعار وجدوبة البلاد[٣] .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٠٢ .

(٢) قال الماوردي : "فأما وقت العطاء فهو معتبر بمال الفيء ، فإن كان مستحقاً في دفعة واحدة ، جعل وقت العطاء في دفعة واحدة من السنة ، وينبغي أن يكون الوقت من السنة معلوماً عند جميع أهل الفيء ؛ ليقدروا إليه نفقاتهم يتوقعون فيه أرزاقهم ، وينظرهم إليه تجارهم ، ويختار أن يكون في المحرم ؛ لأنه أول السنة العربية ، فإذا حل وفاهم عطاء السنة بأسره ، وإذا كان مال الفيء مستحقاً في أوقات شتى من السنة ، جعل للعطاء وقتين وقسمه نصفين وأعطاهم بعد كل ستة أشهر نصفه ، ولا يجب أن يجعل للعطاء في السنة أكثر من وقتين ولا أن يجعله مشاهرة ، وإن قبض مال الفيء مشاهرة ؛ لأمرين : أحدهما : لئلا يصير الجيش متشاغلاً في كل السنة بالقبض والطلب . والثاني : كي لا ينقطع عن الجهاد توقعاً لحلول الشهر أو تتأخر عنهم إن خرجوا" (الحاوي ٨/٤٤٥ ، ٤٤٦ ، ٤٥٣).

(٣) الحاوي ٨/٤٤٣ ، العزيز ٧/٣٣٦ ، المجموع ٢١/١٨٥ ، ١٨٦ ، مغني المحتاج ٣/١٢٣ ، المغني ٧/٣١٠ ، ٣١١ ، الكافي لابن قدامة ٤/٣١٩ .

وقد بين الفقهاء الوسائل التى يمكن للإمام أن يستعين بها فى توزيع هذا على مستحقيه بعدالة ودون مشقة أو كبير عناء فقالوا :إن على الإمام أن يتخذ ديوناً يجمع فيه أسماء مستحقى العطاء ، يرتبهم فيه ، ويبين فيه قدر أرزاقهم ؛ لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قدمت على عمر رضى الله عنه من عند أبى موسى الأشعرى بثمانمائة ألف درهم ، فلما صلى الصبح اجتمع إليه نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهم : قد جاء للناس مال لم يأتهم مثله منذ كان الإسلام ، أشيروا علىَّ بمن أبدأ منهم . فقالوا : بك يا أمير المؤمنين ؛ إنك ولىُّ ذلك . قال : لا ، ولكن أبدأ برسول الله صلى الله عليه وسلم ثم الأقرب فالأقرب إليه ، فوضع الديوان على ذلك[1] .

كما أن عليه أيضاً أن ينصب لكل قبيلة أو جماعة عَرِّيفاً عليهم ؛ يرجعون إليه فى عوارضهم ، ويرجع الإمام إليه فى تعرف أحوالهم[2] .

وفيما يتعلق بالمقاتلين قال الفقهاء : "وينصب الإمام صاحب جيش ، وهو ينصب النقباء ، وكل نقيب ينصب العرفاء ، وكل عريف يحيط بأسماء المخصوصين به ، فيدعو الإمام صاحب الجيش ، وهو يدعو النقباء ، وكل نقيب يدعوا العرفاء ، وكل عريف يدعو من تحت رايته"[3].

والأصل فى ذلك كله : ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه عرَّف عام خيبر على كل عشرة عريفاً ، وذلك فى استطابته قلوبهم فى سبى هوزان . وقال للناس حين جاءوه معلنين طيب نفوسهم فى ذلك : **إنا لا ندرى من أذن منكم ممن لم يأذن ، فارجعوا حتى يرفع إلينا عرفاؤكم أمركم** "[4] .

فإذا ما استعان الإمام بهذه الوسائل ، وعرف من خلالها ظروف هذا الرجل الذى يطلب حقه من الفئ ، فإنه يقدر له حقه بناء على هذه المعرفة ، ويصرفه له . ولكن هذا الصرف سيختلف بناء على اختلاف الفقهاء السابق :

---

(١) رواه البيهقى فى سننه كتاب قسم الفئ والغنيمة باب إعطاء الفئ على الديوان ومن يقع به البداية ٣٦٤/٦ ، وأبو عبيد فى الأموال عن محمد بن عجلان ، وعن الشعبى ، وليس فيه تحديد لمبلغ الفئ – ص ٢٨٦ (٥٤٩ ، ٥٥٠) ، وانظر : تكملة المجموع د.محمد مطرجى ١٨٣/٢١ ، شرح المحلى وحاشية القليوبى ١٨٩/٣ ، ١٩٠ ، الحاوى ٤٤٣/٨ ، المغنى ٧/ ٣١٠.

(٢) العزيز ٣٣٦/٧ ، تكملة المجموع د.محمد مطرجى ٨٣/٢١ .

(٣) مغنى المحتاج ١٢٢/٣ ، ١٢٣ .

(٤) جزء من حديث رواه البخارى فى صحيحه ٥٦٤/٤ ، ٥٦٥ ، (٢٣٠٧ ، ٢٣٠٨) ، ٢٠١/٥ ، ٢٦٨ (٢٥٣٩ ، ٢٥٤٠ ، ٢٦٠٧ ، ٢٦٠٨) ، ٢٧٢/٦ (٣١٣١ ، ٣١٣٢) .

فعلى رأى الجمهور القائل : يصرف الفئ فى المصالح العامة للمسلمين ، والشافعى فى القديم القائل بصرف أربعة أخماسه فى هذا المصرف : يعطى مستحق الفئ رزقه من الفئ من غير زيادة ولا نقص . فإن فضل عنها كان الفضل باقياً فى بيت المال . وإن نقص عنها ، كان الباقى له ديناً على بيت المال .

أما على مذهب الشافعى الجديد القائل بصرف أربعة أخماس الفئ فى المقاتلين فقط : يعطى مستحق الفئ قدر كفايته بزيادة ونقص .

مثال ذلك : أن يكون رزق أحدهم الكافى له ألف درهم ، ورزق الآخر ألفى درهم ، ورزق الثالث ثلاثة آلاف درهم ، ورزق الرابع أربعة آلاف درهم . فيكون رزق هؤلاء الأربعة عشر آلاف درهم ؛ لصاحب الألف عشرها ، ولصاحب الألفين خمسها ، ولصاحب الثلاثة آلاف ثلاثة أعشارها ، ولصاحب الأربعة آلاف خمساها ، فينقسم الحاصل من الفئ أو من أربعة أخماسه على عشرة أسهم ، لصاحب الألف سهم ، ولصاحب الألفين سهمان ، ولصاحب الثلاثة آلاف ثلاثة أسهم ، ولصاحب الأربعة آلاف أربعة أسهم وعلى هذا الحساب .

فإن كان المال عشرة آلاف درهم بقدر أرزاقهم ، فقد استوفوها ، وإن كان أكثر ، قسم جميعه على هذا وكانت الزيادة لهم ، ولا يحتسب بما عليهم .

وإن كان أقل ، كان النقصان عليهم لا يحتسب به لهم ، فيكون الفرق بين الرأيين من وجهين :

أحدهما : أنه على الرأى الأول ؛ إذا اتسع المال ، لم يزادوا على أرزاقهم . وعلى الثانى يزادوا .

والثانى : أنه على الرأى الأول ، إذا ضاق المال يقضون بقية أرزاقهم . وعلى الثانى ، لا يقضون(١) .

ثانياً : تفضيل بعض أهل الفئ على بعض :

وأما عن تفضيل بعض أهل الفئ على بعض لخصلة مرضية فيه كسبق إسلام أو هجرة ، أو عراقة نسب ، أو زيادة التزام أو ما إلى ذلك . فقد اختلف فيه الفقهاء إلى مذهبين :

المذهب الأول : يرى أصحابه أن التسوية بين أهل الفئ واجبة ، ولا يجوز تفضيل بعضهم على بعض . روى هذا عن أبى بكر وعلى رضى الله عنهما وهو مذهب

---

(١) الحاوى الكبير ٤٤٤/٨ ، مغنى المحتاج ١٢٥/٣ ، ١٢٦ .

الشافعي وأحمد في رواية[١].

وقد احتج هؤلاء بثلاثة وجوه :

أحدها : أن الله تعالى قد سوّى في الميراث بين البار والعاق ، والمحب والمشاق ؛ لاستوائهم في سبب الاستحقاق ، فلما كان كذلك وجبت التسوية بين أهل الفئ جميعهم[٢].

روى سفيان بن عيينة أنه قال : "ذهب أبو بكر في التسوية إلى أن المسلمين إنما هم بنوا الإسلام ، كإخوة ورثوا آباءهم ، فهم شركاء في الميراث ، تتساوى فيه سهامهم ، وإن كان بعضهم أعلى من بعض في الفضائل ودرجات الدين والخير"[٣].

والثاني : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم في تقسيمه لأربعة أخماس الغنيمة على من حضروا الوقعة قد سوّى بينهم ، ولم يفضل غنياً على فقير ، ولا شجاعاً على جبان ، ولما كان كذلك ، وجبت التسوية بين أهل الفئ أيضاً[٤]..

قال الشافعي : "فلما وجدت الكتاب والسنة على التسوية على ما وصفت ، كانت التسوية أولى من التفضيل على النسب أو السابقة ، ولو وجدت الدلالة على التفضيل أرجح بكتاب أو سنة ، كنت إلى التفضيل بالدلالة مع الهوى أسرع"[٥] .

والثالث : أن أرزاق العالم وضعت لسد الخلات دون المثوبات ، بل ادخر الله تعالى لكل عمل صالح أجره عنده ، وقدر الكفاية يتساوى فيه الناس جميعاً"[٦].

ومن هنا سوّى أبو بكر رضي الله عنه بين أهل العطاء ولم يفضل بعضهم على بعض . فقد روى أنه لما قدم عليه المال ، جعل الناس فيه سواء وقال : "وددت أني أتخلص مما أنافيه بالكفاف ، ويخلص لي جهادي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم "[٧].

كما روى أن أبا بكر قسم بين الناس قسماً واحداً ، فكان ذلك نصف دينار لكل...

---

(١) الأم للإمام الشافعي ١٥٥/٤ ، الحاوي الكبير للماوردي ٤٤٨/٨ ، ٤٤٩ ، الإنصاف ١٨٨/٤ ، المحرر ١٨٨/٢ ، الكافي ٣٢١/٤ ، النوادر والزيادات ٣٩٦/٣ ، الذخيرة للقرافي ٢٣٢/٣ ، القوانين الفقهية ص ١٤٩ .

(٢) الأم ١٥٥/٤ ، الحاوي الكبير للماوردي ٤٤٨/٨ ، ٤٤٩ ، العزيز ٣٣٧/٧ ، المغني ٣٠٩/٧ .

(٣) الأموال لأبي عبيد ص ٣٣٧ .

(٤) الحاوي ٤٤٨/٨ ، ٤٤٩ ، المحرر ١٨٨/٢ ، الكافي ٣٢١/٤ .

(٥) المختصر مع الحاوي ٤٤٧/٨ ، ٤٤٨ ، الأم ١٥٥/٤ .وإنما قال ذلك لمكانه الرفيع رضي الله عنه من السابقة والنسب الذي لو جاز أن يستحق به التفضيل ، لكان أسرع إلى هواه من التسوية ، ولكن اتباع الدلالة أحق – الحاوي ٤٤٩/٨.

(٦) الذخيرة للقرافي ٤٣٢/٣ .

(٧) الأموال لأبي عبيد ص ٣٣٥ (٦٤٧) .

إنسان[١].

كمــا روى أنه رضى الله عنه سوى بين الناس فى العطاء ، وأدخل فيه العبيد . فقـال له عمر : يا خليفة رسول الله ، أتجعل الذين جاهدوا فى سبيل الله بأموالهم وأنفسهم وهجـروا ديارهم ، كمن إنما دخلوا فى الإسلام كرهاً ؟ فقال أبو بكر : "إنما عملوا لله ، وإنما أجورهم على الله ، وإنما الدنيا بلاغ "[٢].

وكذلك فعل على رضى الله عنه ، فأعطى المولى ومعتقه عطاء واحداً ، ولمولاه سـابقة وكان أنصارياً ، فتكلم . فقال على : أسابقته مثل سابقتى ؟ ما أنا أحق بهذا المال من وكيلى هذا[٣] .

المذهب الثانى : يرى أصحابه أن المفاضلة بين أهل الفئ لهذه المعانى جائزة ، بـل هـى أولى من التسوية بينهم . روى هذا عن عمر وعثمان رضى الله عنهما ، وإليه ذهب مالك فى رواية وأحمد فى رواية[٤] .

وقـد علـل سـفيان بـن عيينـة لهـذا المذهب قائلاً : "وذهب عمر إلى أنهم لما اخـتلفوا فـى السـوابق حتى فضل بعضهم بعضاً وتباينوا فيها ، كانوا كإخوة العلات – الأخـوة لأب – غير متساوين فى النسب ، ورثوا أخاهم أو رجلاً من عصبتهم ، فأولاهم بميراثه أمسُهم به رحماً وأقعدهم إليه فى النسب"[٥] .

يضاف إلى ذلك أن إكرام ذوى الفضائل يبعث على الاستكثار منها ومنهم[٦].

ومـن هـنا فاضـل عمر بين أهل العطاء وبعضهم ، وأخرج المماليك منهم . فروى أبـو عبـيد أن عمر حين دوَّن الدواوين ، فرض لأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم اللاتـى نكحـن نكاحاً فى اثنى عشر ألف درهم ، وفرض لجويرية وصفية ستة آلاف ؛

---

(١) المرجع السابق ص ٣٣٥ (٦٤٨) .

(٢) الخراج لأبى يوسف ص ٤٢ ، المغنى ٣٠٩/٧ . وقوله : "وإنما الدنيا بلاغ" يعنى بلاغ إلى الآخرة التى هى دار الجزاء – الحاوى ٤٤٨/٨ .

(٣) النوادر والزيادات ٣٩٦/٣ ، ٣٩٧ .

(٤) الذخيرة ٤٣٢/٣ ، النوادر والزيادات ٣٩٧/٣ ، شرح الخرشى وحاشية العدوى ١٢٩/٣ ، التاج والإكليل ٥٦٩/٤ ، الحاوى ٤٤٨/٨ ، الكافى ٣٢١/٤ ، الإنصاف ١٨٨/٤ ، المحرر ١٨٨/٢ ، القوانين الفقهية ص ١٤٩ .

(٥) قال أبو عبيد : يعنى بقوله : أمسهم به رحماً وأقعدهم إليه فى النسب : أن أخاهم لأبيه وأمه يحوز الميراث دون أخيه لأبيه ، وإن كـان الآخـر أخاه . ويعنى بالأقعد فى النسب : مثل الابن وابن الابن ، والأخ وابن الأخ ، يقول : أفلست ترى أن الأقعد يـرث دون الأطـراف وإن كانت القرابة تجمعهم يقول : فكذلك هم فى ميراث الإسلام ، أولاهم بالتفضيل فيه أنصرهم به وأقومهم به وأكثرهم دفاعاً عنه . (الأموال ص ٣٣٧) .

(٦) الذخيرة للقرافى ٤٣٢/٣ .

لأنهما كانتا مما أفاء الله على رسوله ، وفرض للمهاجرين الذين شهدوا بدراً خمسة آلاف خمسة آلاف ، وفرض للأنصار الذين شهدوا بدراً أربعة آلاف أربعة آلاف ، وعم بفريضته المهاجرين الذين فرض لهم كل صريح[١] من الذين شهدوا بدراً وحليف ومولى شهد بدراً ، وجعل مثل ذلك حلفاء الأنصار ومواليهم ، ولم يفضل أحداً منهم على أحد[٢] .

كما روى عنه رضى الله عنه أنه فرض لأهل بدر خمسة آلاف خمسة آلاف وقال : لأفضلهم على من سواهم[٣] .

وروى عنه أيضاً أنه فضل أسامة على عبد الله بن عمر ؛ ففى صحيح الترمذى عن زيد بن أسلم عن أبيه عن عمر : أنه فرض لأسامة فى ثلاثة آلاف وخمسمائة ، وفرض لعبد الله بن عمر فى ثلاثة آلاف . فقال عبد الله بن عمر لأبيه : لم فضّلت أسامه علىّ ؟ فو الله ما سبقنى إلى مشهد . قال : لأن زيداً كان أحب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من أبيك . وكان أسامة أحب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم منك . فآثرت حِبَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم على حِبىّ . قال الترمذى : حديث حسن صحيح[٤] .

وكذلك فعل عثمان رضى الله عنه . قال الحسن : وكان عثمان لما ولى يقيم للناس الأعطية كما فعل عمر ، ويعطى الحلل والسمن والعسل . فكان العطاء داراً ، والعدو منفياً ، وذات البين حسناً ، والخير كثيراً ، ما على الأرض مؤمن يخاف أن يسل عليه سيف ، حتى زعموا أنهم رأوا ثرة ، فلو صبروا لوسعهم ما كانوا فيه من العطاء والتمكين ونفى العدو[٥] .

والأولى : أن يترك ذلك لاجتهاد الإمام ، فله أن يساوى بين أهل العطاء ، وله أن يفاضل بينهم على أساس سليم من العمل والصلاح والتقوى. وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك فى رواية والإمام أحمد فى رواية[٦].

---

(١) الصريح هو الخالص من كل شئ . ويعنى بهم هنا الذين لم تشب عروبتهم شائبة رق أو عجمة – الشيخ خليل هراس فى تحقيقه للأموال ص ٢٨٧ هامش ؟ .

(٢) الأموال ص ٢٨٧ (٥٥٣) .

(٣) المرجع السابق ص ٢٨٨ (٥٥٥) .

(٤) صحيح الترمذى مع تحفة الأحوذى ، أبواب المناقب باب ١١٠ مناقب زيد بن حارثة رضى الله عنه ٢١٥/١٠ (٤٠٦٥) . ورواه أيضاً أبو عبيد فى الأموال ص ٢٩٠ (٥٥٨) بألفاظ قريبة . وفيه أنه فرض لأسامة فى ألفين ، ولابن عمر فى ألف وخمسمائة .

(٥) النوادر والزيادات ٣٩٥/٣ .

(٦) الذخيرة للقرافى ٤٣٢/٣ وفيه : "وروى أن ذلك موكل إلى اجتهاد الإمام " ، النوادر والزيادات ٣٩٧/٣ ، الإنصاف ١٨٨/٤ وفيه : "وقال أبو بكر : اختار أبو عبد الله أن لا تفاضل مع جوازه " .

يقول ابن قدامة - رحمه الله - : "والصحيح إن شاء الله أن ذلك مفوض إلى اجتهاد الإمام ، يفعل ما يراه من تسوية وتفضيل ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعطي الأنفال فيفضل قوماً على قوم على قدر غَنَائهم ، وهذا في معناه"[1] .

ويتأيد ذلك أيضاً بأن عمر رضي الله عنه لم يفاضل بين أهل العطاء طيلة حياته . فقد جاءت عنه روايات تدل على أنه سوّى بين أهل العطاء . قال أبو عبيد : "وقد كان رأي عمر الأول التفضيل على السوابق والغَنَاء عن الإسلام . وهذا هو المشهور من رأيه. وكان رأي أبي بكر التسوية ، ثم قد جاء عن عمر شئ شبيه بالرجوع إلى رأي أبي بكر"[2].

وقد روى عنه رضي الله عنه أنه خطب بالجابية فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ، ثم قال : أما بعد فإن هذا الفئ شئ أفاءه الله عليكم ، الرفيع فيه بمنزلة الوضيع ، ليس أحد أحق به من أحد ، إلا ما كان من هذين الحيين : لخم وجذام[3] ، فإني غير قاسم لهما شيئاً . فقال رجل من لخم – أحد بالجزم – قال : يا بن الخطاب أنشدك بالله في العدل والتسوية . فقال : ما يريد ابن الخطاب بهذا إلا العدل والتسوية . والله إني لأعلم أن الهجرة لو كانت بصنعاء ما خرج إليها من لخم وجذام إلا قليل . أفأجعل من تكلف السفر وابتاع الظهر ، بمنزله قوم إنما قاتلوا في ديارهم ؟ فقام أبو حدير فقال : يا أمير المؤمنين إن كان الله تبارك وتعالى ساق الهجرة إلينا في ديارنا فنصرناها وصدقناها ، أذلك يذهب حقنا ؟ فقال عمر : والله لأقسمن لكم ، ثم قسم بين الناس فأصاب كل رجل منا نصف دينار إن كان وحده ، وإن كان معه امرأته أعطاه ديناراً[4] .

كما روى عنه رضي الله عنه أنه قال : لئن عشت إلى هذا العام المقبل ، لألحقن آخر الناس بأولهم حتى يكونوا بياناً واحداً[5].

وأيضاً فإن عمر بن عبد العزيز عمل بالوجهين . ففي النوادر والزيادات : "وولي عمر بن عبد العزيز ففعل بالوجهين ، ففضل بقدر السابقة والحال ، وقسم قسمين على العامة بغير ديوان العطاء ، فساوى فيه بين الناس"[6] **والله تعالى أعلم** .

---

(١) المغني ٣١٠/٧ .

(٢) الأموال لأبي عبيد ص ٣٣٦ .

(٣) بنو جذام بن عدي منهم عاملة . ولخم كانوا مسيحيين قطنوا الصحاري بين الحجاز وسوريا ومصر وناصروا المسلمين بعد وقعة اليرموك . (الأموال لأبي عبيد ص ٣٣٥ ، ٣٣٦ هامش(٤)) .

(٤) الأموال لأبي عبيد ص ٣٣٥ ، ٣٣٦ (٦٥٠) .

(٥) المرجع نفسه ص ٣٣٦ (٦٥١) .

(٦) النوادر والزيادات ٣٩٧/٣ .

المبحث السابع
موقف القانون الوضعي من هذه الدعاوى

بالنظر فيما قرره القانون الوضعى من أحكام بشأن غنائم الحرب ، نجد أنه لا مجال فيه لمثل هذه الدعاوى ؛ حيث قد نصت المادة الرابعة من الأمر رقم ٣٨ لسنة ١٩٤٨ ، الصادر بإنشاء مجلس الغنائم على أنه : " إذا قضى المجلس بصحة عملية ضبط الغنيمة ، أمر بمصادرتها لصالح الدولة ......"

فهذا النص قد بين أن ملكية الأموال المغنومة تؤول إلى الدول إذا ثبتت صحة ضبطها ، وهذا المآل يكون بحكم يصدر من مجلس الغنائم ، بعد تأكده من صحة هذا الضبط .

ومجلس الغنائم هذا مجلس أنشئ بالأمر رقم ٣٨ لسنة ١٩٤٨ ، للفصل فى صحة عملية ضبط الغنيمة ، وفى المنازعات الناشئة عن الضبط ، وفى طلب التعويض المترتب على ذلك[١] . سواء كانت هذه الغنائم بحرية أو جوية[٢] .

وهذا المجلس لا يشكل إلا فى وقت الحاجة إليه ، أى عند اشتباك الدولة فى حرب ووقوع غنائم في يدها بالفعل[٣] .

ويتألف هذا المجلس من رئيس وأربعة أعضاء يعينون بمرسوم . ويشترط فيمن يعين رئيساً أن يكون قد شغل وظيفة مستشار بإحدى محاكم الاستئناف على الأقل . وفيمن يعين عضواً أن يكون قد شغل وظيفة مستشار ، أو وظيفة قضائية أخرى تعادلها ، أو يكون أستاذاً للقانون الدولى العام بإحدى الجامعات المصرية ، أو مديراً عاماً ، أو ضابطاً عظيماً . ومقر المجلس مدينة الإسكندرية . ويجوز بناء على طلب من رئيس المجلس وموافقة رئيس الوزراء ، عقد جلساته بإحدى الموانئ الأخرى . ويلحق المجلس برئاسة مجلس الوزراء . ويصح انعقاده بحضور الرئيس واثنين من الأعضاء على الأقل. وتؤخذ قراراته بأغلبية الآراء ، وعند التساوى يرجح الجانب الذى منه الرئيس[٤] .

---

(١) م ٤ من الأمر رقم ٣٨ لسنة ١٩٤٨ ، م ٤ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٥٠ فى شأن مجلس الغنائم .

(٢) م ٢٤ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٥٠ . وانظر تفصيل هذه الاختصاصات فى قضاء الغنائم فى مصر د.على محمد عبد الفتاح – رسالة دكتوراه – سنة ١٩٨١ ص ٥٢ ، ٥٣ ، ٥٤ ، ٥٩١ وما بعدها .

(٣) د.على صادق أبو هيف – القانون الدولى العام ص ٨٦١ ط ١١ منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٧٥ .

(٤) م ١ ، ٢ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٥٠ بشأن مجلس الغنائم . وقد جرى العمل منذ صدور هذا القانون على تشكيل المجلس على الوجه التالى : رئيس محكمة استئناف الإسكندرية – رئيساً – ، مدير عام الجمارك ، وأستاذ القانون

وتكون جلسات هذا المجلس غير علنية ، ويطبق فى أحكامه قواعد القانون الدولى . وفى حالة عدم وجود قاعدة تحكم الحالة المعروضة ، يفصل فيها على مقتضى قواعد العدالة[١] .

والأحكام التى تصدر منه نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن . وقد نصت على ذلك المادة ١٩ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٥٠ بشأن مجلس الغنائم .

إلا أن المادة ٢٠ من ذات القانون قررت أن لمجلس الوزراء دائماً أن يصدر قراراً بالإفراج عن الغنيمة على الرغم من الحكم الصادر بمصادرتها[٢] .

فإذا عرض هذا على المجلس أمر غنيمة ما ، فإنه ينظر فى صحة ضبطها ، من حيث الأسباب الموجبة له ، والتى دعت إلى الاشتباه فى أمر السفينة أو البضاعة ؛ بحيث يرجح معها القضاء بمصادرتها ، وتتمثل هذه الأسباب فى كون السفينة أو البضاعة مملوكة للعدو ، أو كونها مهربات حربية ، أو قيام السفينة بأداء خدمة للحياد ، أو خرق حصار بحرى . كما يبحث أوجه الدفاع التى يبديها ذووا الشأن دفعاً لهذه التهم ، أو تمسكاً بأحد الأسباب المعفية من الضبط ، والتى ترد كقيود على حق الاغتنام .

فإذا ما بحث المجلس هذه الملابسات ، واتضح له أن الضبط صحيح ، حكم بصحة الضبط ومصادرة الغنيمة بنقل ملكيتها إلى الدولة مطهَّرة من كل حقوق التتبع والامتياز[٣] .

=الدولى العام بجامعة القاهرة ، وأستاذ القانون الدولى العام بجامعة الإسكندرية ، وضابط عظيم – أعضاء – (د.على صادق أبو هيف – القانون الدولى العام ص ٨٦١ ، ٨٦٢ هامش ٢ ، د.على محمد عبد الفتاح – قضاء الغنائم فى مصر ص ٣٩ ، ٤٠) .

(١) م ٣ من الأمر رقم ٣٨ لسنة ١٩٤٨ المعدل بالأمر رقم ٤٨ . وقد نصت على ذلك أيضاً المادة الرابعة من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٥٠ بشأن مجلس الغنائم . (د.على محمد عبد الفتاح – قضاء الغنائم فى مصر ص ٤٧ ، د.أحمد أبو الوفا – الوسيط فى القانون الدولى العام ص ٦٧٨ ، ٦٧٩ ط ١ سنة ١٩٩٥ – ١٩٩٦ دار النهضة العربية – القاهرة) .

(٢) وقد بررت ذلك المذكرة الإيضاحية لهذا القانون بقولها : "إنه لما كانت أحكام المجلس نهائية ، فقد احتفظ للسلطة التنفيذية ممثلة فى مجلس الوزراء بحق الإفراج عن الغنيمة بالرغم من صدور حكم المجلس بمصادرتها . وأن هذا الحق يكاد يكون عاماً فى التشريعات الأجنبية المقارنة ؛ لما يحيط بموضوع الغنائم من اعتبارات مختلفة .(د.على محمد عبد الفتاح – قضاء الغنائم فى مصر ص ٣٩ ، ٦٠١ ، ٦٠٢).

(٣) فهو يحمى المالك الجديد أمام المالك القديم ودائنيه ، سواء كانوا مرتهنين أو ممتازين . وحكمة ذلك واضحة ؛ لأنه بدون هذه الحماية لا يكون لحق الاغتنام أى قيمة ؛ ويستطيع صاحب الغنيمة أن يرتب قبل شحنها حقوقاً للغير بقصد تعطيل حق الغنائم .(د.على محمد عبد الفتاح – قضاء الغنائم فى مصر ص ٥٩ ، ٥٩٩).

وإذا رأى أن الضبط باطل ، قضى ببطلانه وأمر بالإفراج عنها ، أو بدفع ثمنها إذا كانت قد استهلكت أو حصل التصرف فيها لأى سبب من الأسباب . وله أن يحكم بالتعويض عن أى ضرر يكون قد لحق صاحب السفينة أو السلع من إجراءات الضبط ، إلا إذا كانت هناك أسباب سوَّغتها ، كما لو كان الربان قد حاول إلقاء السلع أو إتلاف أوراق السفينة أو إخفاءها ، أو استعمال أوراق مزورة أو غير حقيقية أو ما إلى ذلك[1] .

ويلاحظ أن السفن الحربية التابعة للعدو وما فى حكمها ، تصادر بمجرد ضبطها دون ما حاجة إلى عرض أمرها على مجلس الغنائم . وعلى ذلك نصت المادة ٢٢ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٥٠ فى شأن مجلس الغنائم ، حيث قالت : "السفن الحربية المملوكة للعدو تصادر بمجرد ضبطها ، وتصبح ملكاً للدولة بغير حاجة إلى عرض أمرها على مجلس الغنائم"[2] .

وبهذا يتضح أنه لا مجال لهذه الدعاوى فى ظل القانون الوضعى الحالى ، الذى لا تأباه قواعد الشريعة الإسلامية كما سبق بيانه[3]......

وبالله التوفيق ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

---

[1]) م ٥ مـن القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٥٠ بشأن مجلس الغنائم . د.أحمد أبو الوفا – الوسيط فى القانون الدولى العام ص ٦٧٠ .

[2]) د.أحمد أبو الوفا – الوسيط فى القانون الدولى العام ص ٦٧٩ ، وانظر تفصيل ذلك فى قضاء الغنائم فى مصر للدكتور محمد عبد الفتاح ص ٥٣ ، ٥٤ ، القانون الدولى العام للدكتور على صادق أبو هيف ص ٨٦٣ .

[3]) راجع : ص ٥٨١ هامش (٤) .

أهم النتائج

الحمــد لله الــذي بنعمته الصالحات ، والصلاة والسلام على رسول رب الأرض والســماوات ، وحامل خاتم الرسالات ، وإمام المؤمنين والمؤمنات ، وعلى آله وأصحابه وأتباعه الطيبين والطيبات ......

وبعــد

فبفضــل الله تعالى وعونه وتوفيقه ، خرجت من هذا الموضوع بهذه الصفحات ، وأسأل الله سبحانه وتعالى غامر الزلات ، ومقيل العثرات ، أن يغفر زلتي ، ويقيل عثرتي ، وأن يــتجاوز عما بدر مني من خطايا ومن هفوات ، وأن يرزقني عملاً صالحاً أنال به العلي من الدرجات ، وأن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الذي أشرقت له الظلمات ، وأن يلهمني توبة نصوحاً قبل مجيء هادم اللذات ومفرق الجماعات ، إنه سبحانه سميع قريب مجيب الدعوات .

وقد رأيت ضرورة أن أجمل أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث ، إتماماً للفائدة وتعميماً للنفع ، **وأثبتها فيما يلي** :

١- أن الآراء قد تعددت في تعريف الدعوى في كل من الفقه الإسلامي والفقه القانوني :

فمن فقهاء الإسلام من يعرفها بأنها "**طلب أو مطالبة** " . ومنهم من يعرفها بأنها "**قــول** " . ومــنهم من يعرفها بأنها " **إخبار** " . ومنهم من يعرفها بأنها "**إضافة** " . وقد اخــترت أن تعــرف الدعــوى بأنها :"**مطالبة جازمة بحق ، أو بما يترتب عليه حق ، للطالب أو لمن ينوب عنه ، قولاً أو كتابة أو إشارة ، في مجلس القضاء ، حال المنازعة** "

ومــن فقهــاء القــانون مــن يعرفها بأنها "حق ". ومنهم من يعرفها بأنها "**وسيلة قانونــية** " ومنهم من يعرفها بأنها "**سلطة** ". ومنهم من يعرفها بأنها "**ادعاء قانوني** " . ومــنهم مــن يعــرفها بأنها "**المطالبة القضائية** ". وقد رجحت هذا الأخير الذي عرفها أصــحابه بأنهــا "**الطلب الذي يرفع إلى القضاء ، للحصول على حكم باقتضاء حق أو حمايته أو تقريره** " .

وقــد تمــيزت أغلــب اتجاهــات فقهاء الشريعة في تعريفها للدعوى على أغلب اتجاهات فقهاء القانون ، بشموليتها واتساقها وتمشيها مع المعاني اللغوية لكلمة الدعوى .

٢- أن ســبب الدعوى في الفقه الإسلامي ، هو إرادة تحصيل الحقوق التي يترتب عليها بقــاء الــنوع الإنساني عامة ، أو شخص الطالب خاصة ممن تعدي عليها . بينما هو في

الفقـــه القانوني – على رأى البعض – القاعدة القانونية التي تستند إليها الدعوى ، أي أنه الواقعـــة القانونية المنشئة للحق ، من عقد أو إرادة منفردة ، أو إثراء بلا سبب ، أو فعل ضـــار ، أو نـــص قانوني . – وعلى رأي البعض الأخر –هو مجموعة الوقائع القانونية المنـــتجة ، التي تؤدى إلى منح الحماية القضائية ، أي أنه النزاع الذي يحصل حول الحق الموضوعي .

وقد تميز السبب في الفقه الإسلامي – على وجازته – بشموليته للدعاوى التي يترتب عليها حق ، والدعاوى التي ليس لرافعها مصلحة شخصية خاصة به .

٣–أن الآراء قـد تعـددت في الفقه الإسلامي في التمييز بين المدعى والمدعى عليه : فمن الفقهاء من يرى أن المدعى هو من يستدعى على الغير بقوله ، وإذا ترك الخصومة لا يجبر عليها . والمدعى عليه : من إذا تركها يجبر عليها . ومنهم من يرى أن المدعى هـــو من يخالف قوله الظاهر . والمدعى عليه بالعكس . ومنهم من يرى غير ذلك . وقد رجحـــت القـــول الأول ، حيث لا يتكلف القاضي في ظله أية مشقه في سبيل تعرفه على المدعى والمدعى عليه وتمييزه بينهما ، لتحقيق الغرض من هذا التمييز .

أمـا في الفقـه القانوني ، فإن المدعى هو رافع الدعوى ، أو البادئ في المطالبة القضائية . والمدعى عليه هو من يقدم الطلب في مواجهته ، أو المشكو منه ابتداء ، المراد الحكم عليه .

وقـد امـتازت اجتهادات فقهاء الشريعة على فقهاء القانون ، بقيامها في الغالب على أسس موضوعية ، تؤدى إلى إصابة الهدف من هذا التمييز .

٤–أن الفقـه الإسـلامي قـد اشـترط لصـحة الدعوى عدة شروط ، منها ما يرجع إلى طرفى الدعوى ، ومنها ما يرجع إلى محل الدعوى ، ومنها ما يرجع إلى صيغتها :

ومجمل شروط طرفى الدعوى :

(أ) الأهلـــية(ب) الصـــفة(ج) ثـــبوت الخلطـــة بيـــنهما(د) معلومية المدعى عليه(هــ) وحضوره

ومجمل شروط محل الدعوى : (أ) احتمال ثبوته (ب) كونه ذا غرض صحيح. (ج) معلوميته .

ومجمـل شـروط صـيغة الدعوى (أ) كونها بمجلس القضاء . (ب) كونها بلسان المدعـــى بعينه. (ج) كونها بتعبيرات جازمة وقاطعة . (د) كونها غير متناقضة مع أمر ســـبق صدوره من المدعي . (هــ) أن يذكر فيها أن المدعى به في يد المدعى عليه بغير حـــق – إن كـــان مـــنقولاً وقائماً – . (و) أن يذكر فيها أن المدعى عليه واضع يده على

المدعـــى به – إن كان عقاراً – . (ز) أن يذكر فيها أنه يطالب المدعى عليه بحقه الذي يدعيه .

وبيـــن الفقهاء خلاف في كثير من تفصيلات هذه الشروط ، يضيق حيز الخاتمة عن ذكرها .

كما أن الفقه القانوني قد اشترط شروطاً كثيراً أيضاً ، وأبرز هذه الشروط شرطان هما – المصلحة ، والصفة – وتفصيلات هذين الشرطين وعناصرهما تتفق – في الغالب – مع ما اشترطه فقهاء الشريعة لصحة الدعوى .

٥- أن الدعوى بالمجهول هي الدعوى التي فقدت فيها معلومية المدعى به .

وهـذه المعلومـية تعنـي تصور المدعى به ، أي تميزه في ذهن المدعى والمدعى عليه والقاضي .

٦- أن شـرط معلومـية المدعى به في الدعوى ، قد تنازعه رأيان في الفقه الإسلامي : فـالجمهور علـى إثـباته ، فلا تصح عندهم الدعوى بالمجهول ، باستثناء بعض مسائل أجـازوا تخلفـه فـيها . وبعض فقهاء المذاهب على عدم إثباته ، فتصح عندهم الدعوى بـالمجهول مطلقاً . وقد ترجح في نظرى هذا الرأي ، نظراً لقوة أدلته وصحتها . ولأنه يسـهم إسهاماً بارزاً في تحقيق الهدف من الدعوى ، من حماية الحق وصيانته وحفظه ، حتى يصل إلى ذويه ومستحقيه عن طريق القضاء . ولأنه الذي يتفق وما كان عليه الحال في عصور الإسلام الأولى .

وأما قانون المرافعات المدنية والتجارية ، فإنه قد استوجب أن تشتمل صحيفة الدعوى على عدة بيانات منها : " وقائع الدعوى وطلبات المدعى وأسا نيدها " (م ٦٣/٦)

وهذا النص وإن كان يشبه في مجمله أن يكون نصاً على شرط معلومية المدعى به – كما يرى البعض – إلا أنه شرط إجرائي فقط يترتب على تخلفه بطلان نسبي مقرر لمصلحة الخصـم الذي شرع البطلان لمصلحته ، وحتى ينتج هذا البطلان أثره لابد وأن يتمسك به هذا الخصم قبل التكلم في موضوع الدعوى أو في مسألة فرعية لها ، وإلا صحت الدعوى وأصبحت صالحة للتحقيق والحكم فيها .

٧- أن المســائل التي استثناها جمهور الفقهاء من شرط معلومية المدعى به وأجازوا فيها الدعـوى بـالمجهول ، قد تعددت آراؤهم بشأن تحديدها : فقد حاول البعض تحديدها عن طـريق وضـع قواعد عامة لها ، ومن هؤلاء الإمام القرافي الذي قال : بجواز الدعوى

بـــالمجهول إذا وجد عذر للمدعى في جهله بما يدعيه . والإمام الغزي الذي قال : " تصح الدعـــوى بـــالمجهول إذا كان المطلوب فيها موقوفاً على تقدير القاضي " والإمام الهيتمي الـــذي قال بجواز الدعوى بالمجهول إذا كان منضبطاً في الشرع والإمام ابن قدامه الذي قال بجواز الدعوى بالمجهول فيما يصح العقد عليه مجهولاً .

بينما حاول البعض أن يحددها إجماعاً ، وهؤلاء اختلفوا في عددها وحصرها حتى أوصلها بعضهم إلى خمس وثلاثين مسألة ، بل أوصلها بعضهم إلى مائة مسألة ومسألتين.

٨- أن هناك وسائل تتحقق بها معلومية المدعى به ، التي اشترطها كثير من الفقهاء وهذه الوسائل تختلف باختلاف نوع المدعى به : فإن كان عقاراً ، كان تحديده ببيانه بياناً كافياً يزول به الاشتباه والالتباس ، ببيان الناحية والبلدة والمحلة الموجود فيها العقار والسكة ، وحدوده . وإن كان منقولاً ، كان تعريفه بالإشارة - إن أمكنت ، وإلا فبذكر صفته إن كان مثلـــياً ، وقيمـــته إن كان قيمياً . وإن كان ديناً ، فتعريفه يكون بذكر قدره وجنسه ونوعه وصـــفته . وإن كـــان نكاحـــاً فيكون بذكر شروطه فيقول : نكحتها بولي وشاهدي عدل ورضـــاها إن كانت ممن يعتبر رضاها ..... وهكذا فكل دعوى لها وسائل خاصة تتحقق بها معلومية المدعى به فيها ...

وهـــذا الوســـائل واضحة في الفقه الإسلامي ، فقد استوفاها الفقهاء بحثاً واجتهد لجـــتهداً كبيراً في تفصيلها ووضع قواعدها وحدودها . بينما هي في القانون الوضعي ، غـــير واضـــحة ، حيث لم يضع القانون ولا فقهاؤه أياً من هذه القواعد أو الحدود ، وإنما اكتفوا بالقول بوجوب أن يكون موضوع الدعوى وسببها محدداً وكافياً .

٩- أن مـــن تطبيقات الدعوى بالمجهول في مجال التصرفات المالية الملزمة للجانبين في الفقـــه الإســـلامي : دعوى الرهن المجهول ، ودعوى الوديعة المجهولة ، ودعوى أرش العيب .

أ -**فدعـوى الرهن المجهول** ، مبنية على جواز رهن المجهول الذي يراه المالكية وأغلب الإباضـــية - ، فـــإن لمن ارتهن رهناً غير محدد ولامعلوم ، وأحجم الراهن عن تنفيذ ما الـــتزم به ، أن يدعى عليه طالباً منه تنفيذ ما التزم به ، وهذه الدعوى لا يمكن رفعها إلا مجهولة . كذلك فإن للراهن إذا نسي ما كان قد رهنه ، ولوارثه إذا كان قد مات ولم يعلم هذا الوارث بكنه الرهن ، أن يدعى على المرتهن بالرهن ، ولا يمكنهما ذلك إلا بالدعوى به مجهولاً .

وهذه الدعوى لا مجال لها في القانون المدني ، لأن قاعدة تخصيص الرهن التي سار عليها التقنين المدني تحول دون تصور قيامها .

ب- **ودعوى الوديعة صحيحة شرعاً** ، سواء كان المدعي عالماً بكنه الوديعة وصفتها وقدرها ، لكنه يشك في بقائها بعينها ، أو كان ناسياً أو جاهلاً بكنهها أو صفتها أو مقدارها ، وفي الحالة الأولى يقضى بردها إن كانت قائمة ، وإلا فبقيمتها إن كانت قيمية ، وبمثلها إن كانت مثلية . أما في الحالة الثانية ، فيؤمر الوديع بتفسير الوديعة ، ويجبر عليه ويقضى عليه به .

وفي القانون المدني للمودع أن يدعى باسترداد الشيء المودع ، وبالتعويض عنه إن تعذر استرداده بعينه .

ج- **ودعوى أرش العيب في المبيع المعيب** ، مؤسسة على جهل المدعي بقيمة العيب على وجه التحديد ، وأن تقديره يكون بمعرفة أهل الخبرة في المبيع الذين يستعين بهم القاضي في مثل هذه الدعاوى .

ويقابل هذه الدعوى في القانون المدني ، دعوى ضمان العيوب الخفية . إلا أنهما يختلفان في نقاط أبرزها : أن القانون المدني قد أعطى للمشترى الحق في الفوائد القانونية لقيمة المبيع زائدة عليها من وقت اكتشافه للعيب . وهذه الفوائد في نظر الفقه الإسلامي رباً لا يحل للمشترى أخذه .

١٠- **ومن تطبيقات الدعوى بالمجهول في مجال التصرفات المالية الملزمة لجانب واحد في الفقه الإسلامي** : دعوى الوصية بالمجهول ، ودعوى هبة المجهول ، ودعوى الثواب المجهول على هبة الثواب أو الهبة المطلقة .

أ- **فدعوى الوصية المجهولة** ، مؤسسة على مشروعية الوصية بالمجهول التي اتفق عليها الفقهاء . والقضاء في هذه الدعوى يتوقف على صورة الوصية بالمجهول ؛ لأن الموصى به إما أن يكون مجهول العين والقدر معاً ، وإما أن يكون مجهول العين فقط ، وإما أن يكون مجهول القدر فقط . ولكل صورة من هذه الصور مظاهر متعددة ، ولكل مظهر من هذه المظاهر حكم خاص به . وقد اجتهد الفقهاء اجتهاداً كبيراً في بيان الوسيلة أو الكيفية التي يتحدد ويتعين بها الموصى به في كل صورة من هذه الصور ، يتمكن القاضي من الحكم في الدعوى بها.

وقد نص القانون المدني في المادة ٩١٥ منه ، على أن تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية ، والقوانين الصادرة في شأنها " . **وقد صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦** ، ونص على أربعة مظاهر فقط من مظاهر الوصية بالمجهول ، وبين حكمها في المواد ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ منه . وقد أحالت المذكرة التفسيرية لقانون الوصية ما لم يرد بشأنه نص على أرجح الأقوال في مذهب الإمام أبى حنيفة .

وقد رأينا أن هذا مخالف لحيثيات ودواعي إصدار قانون الوصية ، وأن الأمر يستلزم إصدار ما تكمل به أحكام هذا القانون ، دون التقيد بمذهب معين ، إلا ما أيده الدليل الصحيح وتحققت معه المصلحة .

ب – ودعوى هبة المجهول ، مبنية على مشروعية هبة المجهول مطلقاً ، التي قال بها المالكية وبعض الحنابلة ، وأيضاً الزيدية إذا فسر الواهب هبته من بعد ، وابن قدامه في احتمال له ، **وهو الراجح** .

فإن لمن صدرت له هبة غير معلومة ، أن يدعى على الواهب طالباً منه الوفاء بما ألزم به نفسه ، ويقضى في هذه الدعوى بما فسر به الواهب هبته ، أو بما دلت عليه قرائن الحال أو صيغة الهبة .

وهذه الدعوى لا مجال لها في القانون المدني ، نظراً لشرط وجوب كون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين ، الذي يحول دون صحة هبة المجهول ودون الدعوى بها .

ج – **ودعوى الثواب المجهول** ، مبنية على مشروعية الهبة بشرط ثواب (عوض) مجهول – وهو الراجح الذي قال به عمر وعلى وجماعة من الصحابة والتابعين ، رضى الله عنهم، والحنفية والمالكية في المعتمد ، وبعض الشافعية وأحمد في ظاهر كلامه والزيدية والإمامية – وكذلك على اقتضاء الهبة المطلقة – التي لم يشترط فيها الثواب – للثواب إذا جرى العرف بذلك أو دلت عليه قرائن الأحوال – وهو الراجح الذي عليه المالكية والشافعية في القديم وبعض الزيدية وابن تيمية ، وكذلك الحنفية فيما إذا لم يوجد مانع من الرجوع في الهبة – .

فإن للواهب أن يدعى على الموهوب له ، إن امتنع على إثابته أو تعويضه ، طالباً إياه بهذا الثواب . ويقضى في هذه الدعوى بما يرضى به الواهب على الراجح الذي عليه عمر وعلى و فضالة بن عبيد ، ومالك والشافعي في قول ، والحنفية وأحمد في ظاهر كلامه .

وهذه الدعوى أيضاً لا مجال لها في القانون المدني ، نظراً لوجوب كون العوض في الهبة بعوض ، معيناً أو قابلاً للتعيين . ولأن الهبة المطلقة لا تقتضي عوضاً ، فهذا بلا شك يحول دون تصور قيام مثل هذه الدعوى قانوناً .

وقـد رأيـنا أن القـانون المدنـي في تقريرة لهذه الأحكام في الهبة وإن كان قد اتفق مع بعض مذاهب الفقه الإسلامي ، إلا أن هذه المذاهب ضعيفة ، وغيرها أقوى دليلاً مـنـها ، وأبلغ في تحقيق المصلحة الدينية والدنيوية ، الأمر الذي يتطلب إعادة النظر في هـذه الأحكـام ، لتكون متفقة ومتسقة مع المذاهب الراجحة في الفقه الإسلامي ، ويتحقق بالفعل قول المذكرة التفسيرية للقانون المدني : " إن الأحكام الموضوعية للهبة مستمدة من الشريعة الإسلامية " .

١١-ومـن تطبـيقات الدعـوى بـالمجهول في مجال التصرفات المثبتة للحقوق : دعوى الإقـرار بـالمجهول ، وهي مبنية على مشروعية الإقرار بالمجهول التي كاد الفقهاء أن يـتفقوا علـيها . ويُقضـى فـي هذه الدعوى بما فسر به المقر إقراره في حدود تختلف باخـتلاف نـوع الجهالة وصيَغ الإقرار ، فإن المقر به قد يكون مجهول العين فقط ، وقد يكـون مجهـول القدر فقط ، وقد يكون مجهول العين والقدر معاً . ولكل صورة من هذه الصـور مظاهر متعددة ، ولكل مظهر من هذه المظاهر حكم خاص به . وقد بذل فقهاء الإسـلام الجهود المجهدة في وضع القواعد والحدود التي يمكن التوصل على أساسها إلى تحديـد مـا يقصـده المقـر في إقراره تحديداً حقيقياً عادلاً لا يعرف الحيف أو الميل ، مستعينين في ذلك غالباً بقواعد اللغة وأعراف الناس ومقاصد الشريعة الغراء .

أما في القانون المدني ، فإنه لا مجال فيه لهذه الدعوى ، لأنه لم يعترف بالإقرار بالمجهول مطلقاً – قضائياً كان أو غير قضائي – إلا إذا كانت جهالته يسيرة وقابلة للتعيين ، حيث يشترط لصحة الإقرار ، أن يكون محله معيناً تعييناً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة .

ورأيـنا ضرورة أن يحذو القانون حذو الفقه الإسلامي في هذه الموضوع – كما فعل القانون العراقي – .

١٢- ومـن تطبـيقات الدعوى بالمجهول في مجال التصرفات المسقطة للحقوق في الفقه الإسـلامي : دعـوى الإبـراء من المجهول . وهي مؤسسة على مشروعية الإبراء من المجهول التي قال بها الحنفية والمالكية ، وكذلك الشافعي في القديم إذا كان المبرأ منه ديناً ، والشافعية في الإبراء من إبل الدية المجهولة الصفة والأرش والحكومة .

وهذه الدعوى لا مجال لها أيضاً في القانون المدني ، نظراً لوجوب كون المحل – المبرأ منه – معيناً أو قابلاً للتعيين ، كأي التزام آخر .

وما ذهب إليه القانون المدني يتفق مع ما جزم به الشافعية إذا كان المبرأ عنه عيناً ، والشافعي في الجديد ، وكذلك الحنابلة إذا كان للدائن والمدين سبيل إلى معرفته .

وقد رأينا أن هذا مذهب مرجوح ، ومخالف للسنة وإجماع الأمة ، وأن الأولى بالمقنن أن يجعل للإبراء ولغيره من التصرفات التبرعية أحكاماً خاصة ، فيسمح بإبرامها مع جهالة المحل ، ليفتح بذلك باباً واسعاً للبر والإحسان الذي لا يخفى أثره الإيجاب على تماسك المجتمع وتقوية أواصر العلاقة بين أفراده ، وليتحقق بالفعل قول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني : " يتم الإبراء في أحكام المشروع بإرادة منفردة ، وفقاً لما تقضى به الشريعة الإسلامية " .

١٣– ومن تطبيقات الدعوى بالمجهول في مجال نظام الأسرة في الفقه الإسلامي : دعوى المفوَّضة بطلب الفرض في نكاح التفويض – النكاح الخالى من تسمية الصداق – ، ودعوى المهر المجهول ، ودعوى نفقة الزوجة أو المعتدة ، ودعوى النسب المجهول ، ودعوى نفقة القريب ، ودعوى الطلاق المبهم ، ودعوى الوارث الذي يؤخذ في حقه بالاحتياط .

أ –**فدعوى المفوَّضة بطلب الفرض في نكاح التفويض** ، مبينة على مشروعية نكاح التفويض المتفق عليها بين الفقهاء وعلى أنه لا يجوز أن يخلو النكاح من المهر .

ويقضي في هذه الدعوى بمهر المثل ، ما لم تكن الدعوى مرفوعة قبل الدخول وبعد انتهاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو ما يشبهه ، فيحكم في هذه الحالة بالمتعة وجوباً على رأى الجمهور ، واستحباباً على رأى المالكية .

ب –**ودعوى المهر المجهول** ، مبينة على جواز كون الرهن مجهولاً إذا كانت جهالته يسيرة ، وقد قال بذلك الحنفية والمالكية والإباضية والقاضي من الحنابلة . ويُقضى فيها بالوسط من المسمى .

ج–**ودعوى نفقة الزوجة أو المعتدة** ، مبينة على أن تقدير النفقة موكول إلى القاضي . والقاضي يقدر لها نفقتها على أساس حال الزوج يساراً وإعساراً وتوسطاً ، طبقاً للراجح الذي عليه جمع كثير من مشايخ الحنفية ، ومالك في رواية ، والشافعية ، والظاهرية ،

والإمامية في رأي ، وبعض الزيدية وابن المنذر ، وما أخذ به قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (م ١٦ / ١) .

د - **ودعوى النسب المجهول** سواء كانت من الشخص المدعي بالنسب على نفسه كدعوى الأبوة أو البنوة ، أو بالنسب على غيره كدعوى الأخوة أو العمومة ، تسمع أيضاً ويُقضى فيها بثبوت النسب إن توافرت شروط الدعوى به .

هـ - **ودعوى نفقة القريب** ، مبنية على أن تقدير النفقة موكول إلى اجتهاد القاضي . ويقضى فيها بما يكفي المدعى من النفقة في حدود طاقة القريب يساراً وإعساراً وتوسطاً ، إن توافرت شروطها .

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية بذلك ، **إلا أن المادة رقم ١٨ مكرراً ثالثاً المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩** ، قد استحدثت حكماً جديداً ؛

قد استحدثت حكماً جديداً ؛ إذ أوجبت على الأب إن طلق زوجته أن يوفر لها مسكناً مستقلاً مناسباً لها ولأولاده منها خلال فترة العدة ، وإلا استمروا في شغل مسكن الزوجية دونه طوال فترة الحضانة إذا كانت المطلقة هي الحاضنة للأولاد الصغار ، وكان مسكن الزوجية مؤجراً ، ولم يكن المطلق قد هيأ لها ولصغارها مسكناً آخر مناسباً .

وقد رأينا أن هذا المسلك بعيد عن ما قرره الفقهاء ، بعداً يستوجب إعادة النظر فيه وضبطه بما يتفق مع أقوالهم .

و - **ودعوى الطلاق المبهم** ، مبنية أيضاً على وقوع الطلاق المبهم الذي أوقعه الزوج على إحدى زوجاته دون أن يعينها باللفظ أو بالنية أو كان قد عينها ثم نسيها - وهو ما عليه عامة الفقهاء .

فإن لم يكن قد عينها أصلاً ، يؤمر باختيار واحدة منهن لإيقاع الطلاق عليها . فإن أبى عينها القاضي عن طريق القرعة وفقا لما رأيت أنه الراجح وإن كان قد عينها ثم نسيها فإنه يؤمر بتعيينها بنفسه لإيقاع الطلاق عليها ، وفقاً للراجح الذي عليه أكثر الفقهاء .

ز - **ودعوى المتعة** ، وهي مبنية كذلك على أن تقديرها موكول إلى اجتهاد القاضي . وهو يحكم فيها بما يراه ملائماً لحال الزوج يساراً وإعساراً وتوسطاً ، على الراجح الذي عليه جمهور الفقهاء المالكية والشافعية وأحمد في رواية والإباضية والحسن . وهو ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية ، **وأوجبت المادة رقم ١٨ مكرراً ، المضافة بالقانون رقم ١٠٠**

لسنة ١٩٨٥ إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وجوب أن تقدر المتعة بنفقة سنتين على الأقل .

ح **-ودعوى الوارث الذي يؤخذ في حقه بالاحتياط - الحمل و الخنثى المشكل** ، مبنية على الجهل بمقدار نصيب كل منهما . وفى دعوى توريث الحمل يوقف نصيب ذكر واحد أو أنثى واحدة أيهما أكثر ، ويؤخذ كفيل من الورثة الذين تتغير أنصباؤهم بتعدد الحمل . وهو الراجح الذي عليه الليث بن سعد ، وأبو يوسف في رواية هي الأصح وعليها الفتوى عند الحنفية وبعض الإباضية وما أخذ به قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ (م ٤٢). وفى دعوى توريث الخنثى المشكل ، يحكم له بنصيب ذكر أو نصيب أنثى أيهما أقل ، وهو ما عليه عامة الصحابة وأبو حنيفة ومحمد وعليه الفتوى عند الحنفية ، وما أخذ به قانون المواريث السابق (م ٤٦) .

١٤ **-ومن تطبيقات الدعوى بالمجهول في مجال الجنايات** : دعوى الحكومة ، ودعوى غصب المجهول .

أ - فدعوى الحكومة مبنية على أن تقدير الحكومة موكول إلى اجتهاد القاضي . والحكم فيها يختلف فيما لو كان المدعى مجنيا عليه في مكان لا مقدر فيه من الدية كالصدر والفخذ ونحوهما ، عما لو كان مجنيا عليه في عضو له أرش مقدر كاليد والرجل واللسان ونحوها .

ففي الحالة الأولى ، يترك التقدير لاجتهاد الحاكم بناء على شهادة ذوَىْ عدل من أطباء الجراحات . وكان الفقهاء قد اتفقوا (قديما) على أن التقدير يكون بتقويم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به ، ثم يقَوَّم وهى به بعد برئه منها ، فما نقصته الجناية فله مثله من الدية .

وفى الحالة الثانية ، تقدر الحكومة على أساس نسبة الجراحة من الجناية التي لها أرش مقدر فيحكم بما يعادل هذه النسبة من الأرش المقدر ، على الراجح الذي عليه الإمام الكرخي الحنفي والزيدية .

وهذه الدعوى يقابلها في قانون الإجراءات الجنائية ، الدعوى المدنية الناشئة عن جرائم الاعتداء العمدي على سلامة الجسد ، والتي يقضى فيها بالتعويض المادي أو الأدبي وبالمصاريف القضائية .

ب -**ودعـوى غصب مجهول القيمة** ، وهى مبنية على قاعدة رفع الحرج ، فإن الإنسان ربمـا لا يعـرف قيمة ماله ، فلو كلف ببيان قيمته لتضرر به ويقضى فيها - إضافة إلى تعزيـز الغاصب - برد المغصوب إن كان باقياً في قول كافة الفقهاء ، وبرد مثله إن كان قد هلك وهو مثلي في قول كافتهم أيضاً وقيمته إن كان قد هلك وهو قيمي في قول عامتهم

وفـى قـانون العقوبـات ، يحبس الغاصب حبساً تاماً إن كانت الجريمة قد وقعت تامـة ، وبالحبس مدة لا تتجاوز سنتين ، إن كانت الجريمة قد وقعت عند حد الشروع ، بالإضـافة إلى الحكم برد المغصوب إن كان قائماً أو قيمته إن تعذر رده عيناً ، وتعويض المغصوب منه ، والمصاريف القضائية .

١٥-ومن تطبيقات الدعوى بالمجهول في مجال الغنائم والفيء في الفقه الإسلامي

أ -**دعـوى شاهد الوقعة بحته من الغنيمة** ، وهى مبنية على عذره في جهله بما يدعيه ويقضـى فـيها بـناتج قسمة أربعة أخماس الغنائم على الغانمين ، بعد استخراج الرضخ لأصـحابه ،.وكذلك النفل إن اختار الإمام وإخراجهما من أربعة أخماسها نظراً الظروف الحال .

ب -**ودعوى مستحق الرضخ** ، مبنية على أن تقدير الرضخ موكول إلى اجتهاد الإمام .

ج -**ودعـوى مستحق النقل المجهول** ، وهى مبنية على جواز أن يكون النفل مجهولاً إذا كان من أموال العدو . والحكم فيها يختلف باختلاف نوع الجهالة ، لأنه قد يكون مجهول الذات والنوع والقدر معاً ، وقد يكون مجهول النوع فقط ، وقد يكون مجهول القدر فقط ، ولكل حالة حكمها .

د - **ودعـوى مستحقي الخمس سوى المصالح** (ذووا القربى ، واليتامى ، والمساكين ، وابـن السـبيل) وهى مبنية على عذر هؤلاء في جهلهم بما يدعون ويقضى لكل منهم بناتج قسمة سهم صنعه عليه وعلى أمثاله .

هـ -**دعـوى مستحقي الفيء** ، وهى مبنية أيضاً على عذرهم في جهلهم بما يدعون ، ويقضى فيها بناتج قسمة الفيء على مستحقيه .

-**ودعـاوى الغـنائم والفـيء هذه كلها** ، لا مجال لها في ظل القانون الوضعي الحالى ؛ حيـث إن الأمـوال المغنومة تؤول ملكيتها إلى الدولة بحكم يصدر من مجلس الغنائم بعد تأكده من صحة ضبطها ، ويصرف للمقاتلين رواتب ثابتة ومكافآت ومنح وما إلى ذلك من خزانة الدولة ، وهذا أمر لا تأباه شريعة الإسلام .

١٦ - **وأخيراً لا يسعنا إلا نحني جباهنا أمام عظمة هذا التشريع السماوي.** المنزل من لدن حكيم خبير، ﴿ **يعلم السر وأخفى** ﴾ [١] ،بل ﴿ **أحاط بكل شئ علما** ﴾ [٢] ﴿**قل أنزله الذي يعلم السر في السماوات والأرض إنه كان غفوراً رحيما** ﴾[٣].

﴿ **تبارك الذي نزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيرا** ﴾ [٤].

وأن نعترف بأنه التشريع الأمثل ، الذي ﴿ **لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد** ﴾ [٥] ، وأنه الضمان الوحيد لسعادة البشرية واستقرارها . ﴿ **يأيها الذين آمنوا استجيبوا لله وللرسول إذا دعاكم لما يحييكم** ﴾ [٦] ﴿ **ولو أن أهل القرى آمنوا واتقوا لفتحنا عليهم بركات من السماء والأرض ولكن كذبوا فأخذناهم بما كانوا يكسبون** ﴾ [٧]وأن نشمر عن سواعد الجد في تطبيقه والالتزام به ، كمنهج وحيد لحياتنا ، راضية به نفوسنا ، مطمئنة إليه قلوبنا ، نابذين كل ما سواه من مناهج وأفكار ، عاملين بقوله تعالى :﴿ **وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم و احذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك** ﴾ [٨]، وبقوله تعالى :﴿ **وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله إن الله شديد العقاب** ﴾ [٩] . مؤمنين إيماناً يقينياً بأن حكمه سبحانه فوق كل حكم ، وأن قضاءه فوق كل قضاء ، وأن كل ما عداه من مناهج وأفكار ، إنما هي مناهج جاهلية ، وأفكار غير حضارية ﴿ **أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون** ﴾ [١٠]

---

[١] من الآية ٧ من سورة طه .
[٢] من الآية ١٢ من سورة الطلاق .
[٣] الآية ٦ من سورة الفرقان .
[٤] الآية ١ من سورة الفرقان .
[٥] الآية ٤٢ من سورة فصلت .
[٦] من الآية ٢٤ من سورة الأنفال .
[٧] الآية ٩٦ من سورة الأعراف .
[٨] من الآية ٤٩ من سورة المائدة .
[٩] من الآية ٥٩ من سورة الحشر .
[١٠] الآية ٥٠ من سورة المائدة .

﴿ وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرةُ من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضل ضلالاً مبيناً ﴾ [١] ذلك أنه سبحانه هو العدل المطلق الذي ﴿ لا يظلم مثقال ذرة وإن تك حسنة يضاعفها ويؤت من لدنه أجراً عظيماً ﴾ [٢]

نؤمن بذلك ونعمل به ، طامعين في أن نكون مؤمنين حقاً ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً ﴾ [٣] راغبين في تحصيل ثمرات الإيمان في الآخرة والدنيا : ﴿ من عمل صالحاً من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فلنحيينه حياة طيبة ولنجزينهم أجرهم بأحسن ما كانوا يعملون ﴾ [٤] ﴿ الذين آمنوا ولم يلبسوا إيمانهم بظلم أولئك لهم الأمن وهم مهتدون ﴾ [٥]

﴿وعد الله الذين آمنوا منكم وعملوا الصالحات ليستخلفنهم في الأرض كما استخلف الذين من قبلهم وليمكنن لهم دينهم الذي ارتضى لهم وليبدلنهم من بعد خوفهم أمناً يعبدونني لا يشركون بي شيئاً ومن كفر بعد ذلك فأولئك هم الفاسقون ﴾[٦]

﴿ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم .. وتب علينا إنك أنت التواب الرحيم ﴾ [٧]

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

---

[١] الآية ٣٦ من سورة الأحزاب .

[٢] من الآية ٤٠ من سورة النساء .

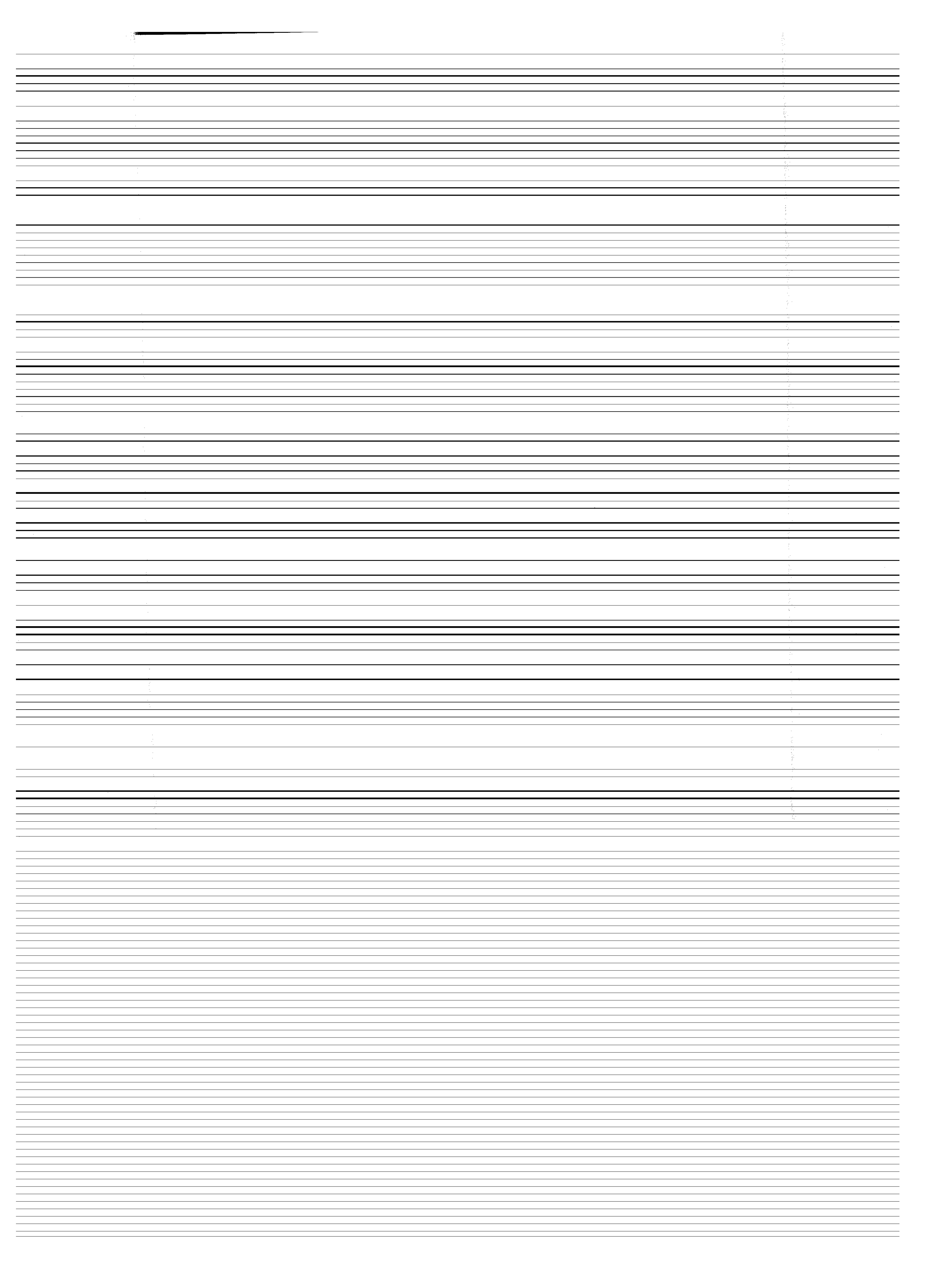
[٣] للآية ٦٥ من سورة النساء .

[٤] الآية ٩٧ من سورة النحل .

(٥) الآية ٨٢ من سورة النعام

[٦] الآية ٥٥ من سورة النور .

[٧] من الآيتين ١٢٧ ، ١٢٨ من سورة البقرة .



فهرس المصادر و المراجع

بحسب الترتيب الموضوعى ثم الترتيب الهجائى داخل كل موضوع

أولا : القرآن الكريم

ثانيا : كتب التفسير و علوم القرآن

١- **الآلوسى** : الإمـــام أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسى البغداد المتوفى سنة ١٢٧٠ هروح المعانى فى تفسير القرآن العظيم و السبع المثانى ، ط دار إحياء التراث العربى – بيروت .

٢- **البغوى** : الإمام أبو الحسين بن مسعود الفراء البغوى الشافعى المتوفى سنة ٥هـــ تفســـير البغوى المسمى معالم التنزيل تحقيق خالد عبد الرحمن العك ، مروان سوار ط دار المعرفة – بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦هـــ – ١٩٨٦ م

٣- **ابـن عاشـور** : **الإمـام محمـد الطاهـر بنـى عاشـور** : تفسير التحرير والتنوير : طبع و نشر دار سحنون – تونس – سنة ١٩٩٧ م .

٤- **ابن عباس** : عبد الله بن عباس بن عبد المطلب المتوفى سنة ٩٨ هـــ تنوير المقياس من تفسير ابن عباس – مكتبة جمهورية مصر

٥- **ابن العربى**: الإمام أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربىالمتوفى سنة ٥٤٣ هـــ – أحكام القرآن تحقيق على محمد البجاوى ط دار الجيل – بيروت –سنة ١٤٠٧ هـــ – ١٩٨٧ م

٦- **ابن كثير** : الإمـــام عمـــاد الديـــن أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرش الدمشقى المـــتوفى سنة ٧٧٤ هـــ تفسير القرآن العظيم ط دار مصر للطباعة – سعيد جودة السحار و شركاه

٧- **الجصاص** : الإمام أحمد بن بكر الرازى الجصاص الحنفى المتوفى سنه ٣٧٠هـــ أحكام القرآن ط دار الفكر – بيروت

٨ **الخازن** : الإمـــام عـــلاء الديـــن علـــى بـــن محمـــد بـــن إبراهيم البغدادى لباب التأويل فى معانى أتنزيل ط دار المعرفة – بيروت

٩- **الزمخشرى :** الإمـــام أبو القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشرى الخوارزمى المتوفى سنة ٥٣٨ هــ .
الكشاف عن حقائق التنزيل و عيون الأقاويل فى وجه التأويل ط دار المعرفة – بيروت .

١٠- **السيوطى** : الإمـــام جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى المتوفى سنة ٩١١ هــ .
أسباب النزول بهامش تفسير و بيان مفردات القرآن الكريم للدكتور محمد حسن الحمصى ط دار الرشد – دمشق ، بيروت .

١١- **الشوكانى** : الإمـــام محمـــد بن على الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥ هــ ، فتح القدير ط دار المعرفة – بيروت

١٢- **الطبرى**: الإمام أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى المتوفى سنة ٣١٠ هــ
جـــامع البـــيان فى تفسير القرآن ط دار المعرفة – بيروت – سنة ١٤٠٠ هــ – ١٩٨٠ م

١٣- **الفخر الرازى:** الإمـــام محمـــد الـــرازى فخـــر الدين بن العلامة ضياء الدين عمر المشـــتهر بخطيـــب الـــرى المـــتوفى ســـنة ٦٠٤ هـــــ – التفســـير الكبـــير – تفسير الفخر الرازى – ط دار الفكر – الطبعة الأولى سنة ١٤٠١ هــ – ١٩٨١ م .

١٤- **القرطبى** : الإمام أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى المتوفى سنة ٥٩٥ هـــ الجامع لأحكام القرآن تحقيق أبو إسحاق إبراهيم اطفيش ط دار إحـــياء الـــتراث العـــربى – بيروت – سنة ١٤٠٥ هــ – ١٩٨٥ م

١٥- **المجلس الأعلى للشئون الإسلامية** : المنتخب فى تفسير القرآن الكريم ط ١٩ – القاهرة – سنة ١٤٢١ هــ –٢٠٠٠ م

١٦- **النسفى** : الإمام أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفى المتوفى سنة ٧٠١ هــ
تفســـير القرآن الجليل المسمى بمدارك التنزيل وحقائق التأويل . ط دار الكتب العلمية – بيروت .

ثالثا : كتب الحديث و علومه

١- **أحمد بن حنبل:** الإمام أبو عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني الوائلي المتوفى سنة ٢٤١ هـ
مسند الإمام أحمد بن حنبل ط دار الفكر العربي

٢- **الألباني :** الإمام محمد ناصر الألباني
أ- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ط المكتب الإسلامي
الطبعة الثانية سنة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م
ب- سلسلة الأحاديث الصحيحة- مكتبة المعارف - الرياض سنة ١٤١٥ هـ

٣- **البخاري :** الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري المتوفى سنة ٢٥٦ هـ
أ- الأدب المفرد - مكتبة الآداب و مطبعتها بالجماميز سنة ١٩٧٩ م .
ب- صحيح البخاري بشرح فتح الباري للحافظ ابن حجر العسقلاني ط دار الريان للتراث - القاهرة - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م

٤- **البرهان فوري :** الإمام علاء الدين على المتقي بن هشام الدين الهندي البرهان فوري المتوفى سنة ١٩٧٥ م كنز العمال في سنن الأقوال و الأفعال ط مؤسسة الرسالة سنة ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

٥- **البغوي :** الإمام أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي الشافعي المتوفى سنة ٥١٦ هـ شرح السنة ، تحقيق زهير الشاويش ، شعيب الأرنؤوطي ط المكتب الإسلامي - بيروت - الطبعة الثانية سنة ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

٦- **ابن أبي شيبة :** الإمام عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي المتوفى سنة ٢٣٥ هـ
المصنف في الحديث و الآثار ط دار الفكر سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤ م

٧- **ابن تيمية :** الإمـــام مجد الدين أبو البركات عبد السلام بن عبد الله بن أبى القاسم الحرانى المتوفى سنة ٦٢٥ هـــ
منـــتقى الأخـــبار مـــن أحاديث سيد الأخيار بشرح الشوكانى المســـمى نـــيل الأوطار دار الحديث – القاهرة – تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان

٨- **ابن الجوزى :** الإمـــام أبـــو الفرج عبد الرحمن بن على بن الجوزى القرشى المتوفى سنة ٥٩٧ هـــ الموضوعات تحقيق عبد الرحمن محمد عـــثمان – المكتبة السلفية – المدينة المنورة – الطبعة الأولى سنة ١٣٨٦ هـــ – ١٩٦٦ م

٩- **ابن حبان:** الإمـــام محمـــد بـــن حبان بن أحمد بن حبان أبو حاتم التميمى البستى
صـــحيح ابن حبان – ترتيب الأمير علاء الدين على بن بلباس الفارســـى المـــتوفى سنة ٧٣٩ هـــ – ط دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧ هـــ – ١٩٨٧ م

١٠- **ابن حجر :** الإمام أحمد بن على بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢ هـــ
أ- بلـــوغ المـــرام من جمع أدلة الأحكام ، بشرح الصنعانى المســـمى بســـبل السلام ط دار الحديث – القاهرة – سنة ١٩٩٤ م
ب- تلخـــيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير ط دار المعرفة – بيروت سنة ١٣٨٤ هـــ – ١٩٦٤ م
جـــ- فتح البارى بشرح صحيح البخارى ط دار الريان للتراث – القاهرة – الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧ هـــ – ١٩٨٦ م

١١- **ابن خزيمة :** الإمـــام أبو بكر محمد بن إحاق بن خزيمة النيسابورى المتوفى سنة ٣١١ هـــ –
صحيح ابن خزيمة تحقيق محمد مصطفى الأعظمى – الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩ هـــ – ١٩٧٩ م

١٢- **ابن الديبع** : الإمام عبد الرحمن بن على بن محمد بن عمر الشيبانى الشافعى تمييز الطيب من الخبيث فيا يدور على ألسنة الناس من الحديث دراسة و تحقيق محمد عثمان الخشن – مكتبة ابن سينا للنشر و التوزيع

١٣- **ابن عبد البر**: الإمـــام أبـــو عمـــر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر الأندلســـى المـــتوفى سنة ٤٦٣ هـــ التمهيد لما فى الموطأ من المعـــانى و الأسانيد – مطبعة فضالة المحمدية ، مؤتة للتوزيع سنة ١٤٠٤ هـــ – ١٩٨٤ م

١٤- **ابن العربى**: الإمام أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى المتوفى سنة ٥٤٣ هـــ
القـــبس فى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس ، تحقيق د. محمد عبد الله ولد كريم ط دار الغرب الإسلامي سمة ١٩٩٢ م

١٥- **ابن ماجه** : الإمام أبو عبد الله محمد بن يزيد القزوينى المتوفى سنة٢٧٥هـــ سنن ابن ماجة ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى – المكتبة العلمية – بيروت

١٦- **أبو داود** : الإمـــام سليمان بن الشعث المسجستانى المتوفى سنة ٢٧٥ هـــ سنن أبي داود ط دار السنة المحمدية .

١٧- **أبو الطيب أبادى**: أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادى
التعلـــيق المفنى على الدار قطنى ، بهامش سنن الدار قطنى ط عـــالم الكتـــب – بيروت – الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦ هـــ – ١٩٨٦ م

١٨- **البيهقى** : الإمام أبو بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى المتوفى سنة٤٥٨هـــ
أ- دلائـــل النـــبوة و معرفة أحوال صاحب الشريعة ، تحقيق الدكتور : عبد المعطى قلعجى ط دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥ هـــ – ١٩٨٥ م
ب- السنن الكبرى ط دار الفكر

١٩- **الترمذى** : الإمــام أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذى المتوفى سنة ٢٧٩ هـــ صحيح الترمذى بشرح ابن العربى المالكى المتوفى سنة ٥٤٣ هـــ ط دار الكــتاب العــربى – بــيروت – و بشرح المــباركفورى المتوفى سنة ١٣٥٣ هــ تحفة الأحوذى ط دار الكتب العلمية – بيروت ١٤١٠ هــ – ١٩٩٠ م

٢٠- **الحاكم** : الإمام أبو عبد الله الحاكم النيسابورى
المستدرك على الصحيحين ط دار الكتاب العربى – بيروت

٢١- **الدار قطني**: الإمــام على بن عمر الدار قطنى المتوفى سنة ٣٨٥ هــ سنن الــدار قطنى ، و بهامشه التعليق المغنى على الدار قطنى لأبى الطيــب أبادى ط عالم الكتب – بيروت – الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦ هــ – ١٩٨٦ م

٢٢- **الدارمى** : الإمام أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن مهرام الدارمى التوفى سنة ٢٥٥ هــ سنن تحقيق الدارمى تحقيق فؤاد أحمــد زمــرلى ، خالد السبع العليمى ط دار الريان للتراث – القاهرة سنة ١٤٠٧ هــ – ١٩٨٧ م

٢٣- **الذهبى** : الإمام أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبى المتوفى سنة ٧٤٨ هــ التلخيص مطبوع بذيل المستدرك للحاكم ط دار الكتاب العربى – بيروت .

٢٤- **الزبيدى** : الإمــام الســيد محمــد الحسينى الزبيدى الشهير بمرتضى – إتحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين ط دار الفكر .
ب- مختصــر صــحيح الــبخارى المسمى التجريد الصريح لأحاديــث الجــامع الصحيح – مكتبة الإيمان – المنصورة – الطبعة الأولى سنة ١٤١٥ هــ – ١٩٩٤ م

٢٥- **الزرقانى**: الإمــام محمــد بــن عــبد الــباقى بــن يوســف بــن أحمد شــرح الزرقانى على الموطأ ط دار الفكر سنة ١٤٠١ هــ – ١٩٨١ م

٢٦- **الزيلعى**: الإمام جال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الحنفى الزيلعى المتوفى سنة ٧٦٢ هـ نصب الراية لأحاديث الهداية ط دار الحديث – القاهرة –

٢٧- **السيوطى**: الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى المتوفى سنة ٩١١ هـ
الجامع الصغير مع فيض القدير للمناوى ط دار المعرفة – بيروت سنة ١٣٩١ هـ – ١٩٧٢ م

٢٨- **الشافعى**: الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس القرشى المطلبى المتوفى سنة ٢٠٤ هـ
مسند الإمام الشافعى ط دار الكتب العلمية – بيروت سنة ١٤٠٠ هـ – ١٩٨٠ م

٢٩- **الشوكانى**: الإمام محمد بن على الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ
نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ط دار الحديث – القاهرة

٣٠- **الصنعانى** : الإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمنى الصنعانى المتوفى سنة ١١٨٢ هـ سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، تحقيق عصام السنباطى ، عماد السيد ط دار الحديث القاهرة سنة ١٩٩٤ م

٣١- **الطبرانى**: الإمام أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبرانى المتوفى سنة ٣٦٠هـ المعجم الأوسط ، تحقيق أيمن صالح شعبان ، سيد أحمد إسماعيل ط دار الحديث – القاهرة – الطبعة الأولى سنة ١٤١٧ هـ – ١٩٩٦ م

٣٢- **الطحاوى**: الإمام أبو جعفر الطحاوى أحمد بن محمد بن سلامة الأزدى المصرى الحنفى المتوفى سنة ٣ هـ
أ- مشكل الآثار – مؤسسة قرطبة السلفية – الطبعة الأولى–
ب- شرح مشكل الآثار ، تحقيق شعيب الأرنؤوطى ط مؤسسة

الرسالة – الطبعة الأولى سنة ١٤١٥ هـ – ١٩٩٤ م

٣٣- **عبد الرازق**: الإمام أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعانى المتوفى سنة ٢١١ هـ – المصنف ، و معه كتاب الجامع للإمام محمد بن راشد الأزدى ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمى – المكتب الاسلامى – الطبعة الثانية سنة ١٤٠٣ هـ – ١٩٨٣ م

٣٤- **العلجونى**: الإمام إسماعيل بن محمد العلجونى الجراحى المتوفى سنة ١١٦٢ هـ – كشف الخفا ومزيل الإلياس عما اشهر من الأحاديث على ألسنة الناس ، تصحيح و تعليق أحمد الفلاس مكتبة التراث الاسلامى – حلب – دار التراث – القاهرة – دار إحياء التراث العربي
الطبعة الثانية سنة ١٣٥١ هـ

٣٥- **العقيلى**: الإمام أبو جعفر محمد بن عمرو بن موسى بن جماد العقيلى المكى الضعفاء الكبير تحقيق د. عبد المعطى أمين قلعجى ط دار الكتب العلمية – الطبعة الأولى
لفيف من المستشرقين مع مشاركة الشيخ محمد فؤاد عبد الباقى المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوى – مكتبة بريل – ليدن سنة ١٩٣٦ م – ١٩٦٢ م مطبعة

٣٦- **مالك**: الإمام أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحى الحميرى المدنى المتوفى سنة ١٧٩ هـ
الموطأ ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى ط دار الحديث – القاهرة – بدون تاريخ

٣٧- **محمد السعيد بن بسيونى زغلول** : أبو هاجر موسوعة أطراف الحديث النبوى الشريف ط عالم التراث – بيروت –
الطبعة الأولى سنة ١٤١٠ هـ – ١٩٨٩ م

٣٨ **مسلم**: الإمام أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابورى المتوفى سنة ٢٦١هـ صحيح مسلم بشرح النووى ط دار الكتب العلمية – بيروت

٣٩- **المنذرى**: الإمـــام زكى الدين عبد العزيز بن عبد القوى المنذرى المتوفى سنة ٦٥٦ هـ
الترغيب و الترهيب ، ضبط و تعليق مصطفى محمد عمارة – دار الإيمان – دمشق – الطبعة الثالثة

٤٠- **النسائى**: الإمـــام أبـــو عـــبد الرحمن أحمد بن شعيب بن على بن بحر النســـائى المـــتوفى سنة ٣٠٣ هـ سنن النسائى بشرح الحافظ جـــلال الديـــن السيوطى المتوفى سنة ٩١١ هـ – دار الكتب العلمية – بيروت

٤١- **النووى**: الإمـــام أبو زكريا محيى الدين بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ
أ- ريـــاض الصالحين ، تحقيق محمد ناصر الدين اللبانى – المكتب الاسلامى – بيروت – بدون تاريخ
ب- شـــرح صـــحيح مسلم ط دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى سنة ٤١١ هـ – ٩٩٠ م

٤٢ **الهيثمى**: الإمام نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى المتوفى سنة٨٠٧ هـ
مجمـــع الـــزوائد و منبع الفوائد ط دار لكتب العلمية – بيروت الطبعة الثانية سنة ١٤٠٢ هـ – ١٩٨٢ م

رابعا : كتب أصول الفقه

١- **البخارى:** الإمـــام عـــلاء الديـــن الـــبخارى المـــتوفى ســـنة ٧٣٠ هـ
كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام
الـــبزدوى ط دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الولى سنة ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧ م

٢- **التفتازانى**: الإمام سعد الدين بن مسعود بنعمر التفتازانى المتوفى سنة٧٩٢ هـ
شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح فى أصول الفقه ط دار الكتب العلمية – بيروت

٣- **الزركشي**: الإمـــام بـــدر الدين محمد بن بهاد بن عبد الله الشافعي المتوفى سنة ٧٩٤ هـــ البحر المحيط ط دار الصفوة – القاهرة

٤- **السبكي**: الإمـــام شـــيخ الإســـلام على بن عبد الكافي بن على السبكي المـــتوفى ســـنة ٧٥٦ هو ولده تاج الدين عبد الوهاب بن على السبكي المتوفى سنة ٧٧١ هـــ

الإبهـــاج فـــي شرح المنهاج، تحقيق شعبان محمد إسماعيل – مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٤٠٢ هـــ – ١٩٨٢ م

٥- **المحلى** العلامـــة جلال الدين المحلى شرح المحلى على جمع الجوامع لابن السبكي ط دار الكتب العلمية – بيروت

خامسا : كتب الفقه

(أ) كتب الفقه الحنفي

١- **ابن البزاز**:. الإمـــام افـــظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن الـــبزاز الكـــردى المتوفى سنة ٨٢٧ الفتاوى الرزازية المسماة بالجـــامع الوجيز – مطبوع على هامش الفتاوى الهندية للشيخ نظام – دار إحياء التراث العربى – بيروت – الطبعة الرابعة – سنة ١٤٠٦ هـــ – ١٩٨٦ م

٢- **ابن تمرتاش**: الإمام محمد بن عبد الله بن تمرتاش تغزى المتوفى سنة ١٠٠٤هـــ تـــنوير الابصار و جامع البحار فى الفروع الحنفية بشرح الدر المخـــتار للحصفكى و حاشية رد المختار لابن عابدين ط دار إحـــياء التراث العربى – بيروت – الطبعة الأولى سنة ١٤١٩ هـــ – ١٩٩٨ م

٣- **ابن الشحنة**: الإمـــام أبـــو الوليد إبراهيم بن ابى اليمن محمد بن ابى الفضل المعـــروف بابن الشحنة الحنفى لسان الحكام فى معرفة الأحكام للطرابلســـى ط مصـــطفى الحلبى – الطبعة الثانية سنة ١٣٩٣ هـــ – ١٩٧٣ م

٤- **ابن عابدين**: الإمـــام محمـــد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقى التوفى سنة ١٢٥٢ هـــ
أ-حاشـــية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ط دار إحياء التراث العربى – بيروت – الطبعة الأولى – سنة ١٤١٩ هـــ – ١٩٩٨ م
ب- العقـــود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية ط دار المعرفة – بيروت

٥- **ابن عابدين**: الإمـــام محمد علاء الدين أفندى المتوفى سنة ١٣٠٦ هـــ (ابن الشيخ محمد أمين)
أ- قرة عيون الأخيار – تكملة رد المحتار على الدر المختار ط دار إحـــياء الـــتراث العربى – بيروت – الطبعة الأولى سنة ١٤١٩ هـــ – ١٩٩٨ م
ب- بـــدر المـــنتقى فى شرح الملتقى على هامش مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ط . درا إحياء التراث العربى

٦- **ابن غانم**: الإمام أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادى – مجمع الضمانات تحقـــيق د. محمـــد أحمد سراج ، د. على جمعه محمد ط دار السلام – القاهرة سنة ١٤٢٠ هـــ – ١٩٩٩ م

٧- **ابن نجيم**: الإمام زين الدين بن إبراهيم المصرى المتوفى سنة ٩٧٠ هـــ
أ-الأشـــباه و الـــنظائر علـــى مذهب أبى حنيفة النعمان ط دار الكتـــب العلمية – بيروت- الطبعة الأولى سنة ١٤١٣ هـــ – ١٩٩٣ م .
ب- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ط دار المعرفة – بيروت – مكتبة رشيدية – باكستان .

٨- **الحصكفى**: الإمـــام محمـــد بـــن على بن محمد بن على الحصنى الدمشقى الشـــهير بالحصفكى المتوفى سنة ١٠٨٨ هـــ – الدر المختار شرح تنوير الأبصار ط دار إحياء التراث العربى – بيروت – الطبعة الأولى سنة ١٤١٩ هـــ – ١٩٩٨ م

٩- **الحموى**: الإمـــام الســـيد أحمد بن محمد الحنفى الحموى – غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه و النظائر لابن نجيم .
ط دار الكتـــب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥ هـــ – ١٩٨٥ م

١٠- **داماد أفندى**: الإمام عبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندى مجمـــع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر – و بهامشه بدر المتقى فـــى شـــرح الملـــتقى للشيخ علاء أفندى ط دار إحياء التراث العربى .

١١- **الزيلعى**: الإمـــام فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى المتوفى سنة ٧٦٢ هـــ
تبييـــن الحقـــائق شرح كنز الدقائق ط دار الكتاب الاسلامى – القاهرة – الطبعة الثانية

١٢- **السرخسى:** شـــمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبى سهل السرخسى المتوفى سنة ٤٩٠ هـــ
المبســـوط فـــى الفـــروع ط دار المعرفة – بيروت – الطبعة الثالثة – دار الفكر – بيروت سنة ١٤٢١ هـــ – ٢٠٠٠ م

١٣- **سعدى جلبى**: الإمـــام ســـعد الله بـــن عيســـى المفـــتى الشهير بسعدى جلبى و بســـعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ هـــ حاشية سعدى جلبى على شرح فتح القدير و العناية ط دار الفكر – بيروت

١٤- **سليم رســتم باز اللبنــانى** : شـــرح مجلة الأحكام العدلية ط دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الثالثة

١٥- **السمرقندى**: الإمـــام عـــلاء الديـــن السمرقندى المتوفى سنة ٥٣٩ هـــ – تحفة الفقهاء ط دار الكتب العلمية – بيروت

١٦- **الشلبى** : الإمام شهاب الدين أحمد الشلبى
حاشـــية الشـــلبى علـــى تبيين الحقائق للزيلعى ط دار الكتاب الاسلامى – القاهرة – الطبعة الثانية

١٧- **الطرابلسي**: الإمام علاء الدين أبو الحسن على بن خليل الطرابلسى الحنفى معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ط مصطفى الحلبى – الطبعة الثانية سنة ١٣٩٣ هـ – ١٩٧٣ م

١٨- **على حيدر**: درر الحكـام فـى شرح مجلة الأحكام ط دار الكتب العلمية – بيروت سنة ١٤١١ هـ – ١٩٩١ م

١٩- **الشيخ على قراعه**: الأصول القضائية فى المرافعات الشرعية – مطبعة النهضة – مصر – الطبعة الثانية سنة ١٣٤٤ هـ – ١٩٢٥ م

٢٠- **العينى**: الإمـام أبـو محمد محمود بن أحمد العينى . البناية فى شرح الهداية ط دار الفكر – الطبعة الثانية سنة ١٤١١هـ –١٩٩٠م

الغنيمى: عبد الغنى الغنيمى الدمشقى الميدانى الحنفى . اللباب فى شرح الكتاب – المكتبة العليمة – بيروت .

٢١- **قاضى زاده**: الإمام شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زادة أفندى المتوفى سنة ٩٨٨ هـ نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار – تكملة شرح فتح القدير ط دار الفكر العربى – بيروت

٢٢- **قدرى " باشا "**: الشيخ محمد قدرى " باشا" المتوفى سنة ١٣٠٦ هـ – ١٨٨٨ م مجلـة الأحكـام العدلية بشرح درر الحكام لعلى حيدر ط دار الكتب العلمية – بيروت – سنة ١٤١١ هـ – ١٩٩١ م

٢٣- **القدورى**: الإمـام أبو الحسن أحمد بن محمد بن أجمد بن جعفر القدورى البغدادى المتوفى سنة ٤٢٨ هـ – مختصر القدورى تحقيق الشـيخ كامل محمد عويضة ط دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى سنة ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧ م

٢٤- **الكاسانى**: الإمـام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى الملقب بملـك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هـ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ط دار الفكر- بيروت- الطبعة الأولى سنة ١٤١٧ هـ – ١٩٩٦ م

٢٥- **الكمـــال بـــن الهمام**: الإمـــام كمـــال الدين محمد بن عبد الواحد المعرف بابن الهمام المتوفى سنة ٦٨١ هـــ
شرح فتح القدير ط دار الفكر – بيروت

٢٦- **المرغيناني**: شيخ الاسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغياني المتوفى سنة ٥٩٣ هـــ –
الهدايـــة شرح بداية المنتدى ، تحقيق محمد محمد تامر ، حافظ عاشور حافظ ط دار السلام القاهرة الطبعة الأولى سنة ١٤٢٠ هـــ – ٢٠٠٠ م

٢٧- **الموصلي**: الإمـــام أبـــو الفضـــل مجد الدين عبد الله بن محمود الموصلي الموفى سنة ٦٨٣ هـــ
الاختيار لتعليل المختار ط دار الدعوة سنة ١٩٨٧ م

٢٨- **الشيخ نظام و جماعة من علماء الهند الأعلام** : الفـــتاوى الهـــندية ط دار إحـــياء الـــتراث العربى – بـــيروت – الطبعة الرابعة سنة ١٤٠٦ هـــ– ١٩٨٦ م

ب - كتب الفقه المالكى

١- **الباجي**: الإمـــام أبـــو الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي الأندلسى المتوفى سنة ٤٩٤ هـــ المنتقى
شـــرح موطـــأ الإمـــام مالك ط دار الكتب العلمية – بيروت الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٣ هـــ – ١٩٨٣ م

٢- **البناني**: الشيخ محمد البناني
حاشية البنانيعلى شرح الزرقاني ط دار الفكر – بيروت سنة ١٣٩٨ هـــ – ١٩٧٨ م

٣- **ابن جزى:** الإمام أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد جزى الكلبى
(أ) قوانيـــن الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ط دار العلم للملايين سنة ١٩٧٩م .
(ب)القوانين الفقهية ط دار الكتاب العربى – الطبعة الولى سنة ١٤١٤ هـــ ١٩٨٤ م

٤- **ابن رشد:** الإمام محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رد الشهير بالحفيد المتوفى سنة ٥٩٥ هـــ
بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، شرح و تحقيق رضوان جامع رضوان – مكتبة الإيمان – المنصورة

٥- **ابن سلمون:** الإمـــام أبـــو محمـــد عـــبد الله بن عبد الله بن سلمون الكنانى العقـــد المنظم للحكام ، بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون ط دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى سنة ١٣٠١ هـــ

٦- **ابن عبد البر:** شيخ الاسلام أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطـــبى الكـــافى فى فقه أهل المدينة ط دار لكتب العلمية – بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧ هـــ – ١٩٨٧ م

٧- **ابن فرحون:** بـــرهان الدين أبو الوفا إبراهيم بن محمد بن فرحون البصرى المـــالكى تبصـــرة الحكام فى أصول الأقضية و مناهج الأحكام ط دار الكتـــب العلمية – بيروت – مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦ هـــ – ١٩٨٦ م

٨- **الحطاب:** الإمـــام أبـــو عـــبد الله محمـــد بن محمد بن عبد الله المغربى المعـــروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤ هـــ – مواهب الجليل لشـــرح مختصر خليل ، و معه التاج و الإكليل للمواق تحقيق الشـــيخ زكـــريا عميرات – ط دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى سنة ١٤١٦ هـــ – ١٩٩٥ م

٩- **الخرشى :** الشيخ محمد الخرشى
شـــرح الخرشـــى على مختصر سيدى خليل ط دار صادر – بيروت

١٠- **الدردير** : الإمام أبو البركات سيدى أحمد الدردير
أ- الشـــرح الصـــغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك مطبعة عيسى الحلبى سنة ١٩٧٧ م
ب- الشـــرح الكبير ، مطبوع على هامش حاشية الدسوقى ط دار إحياء الكتب العربية – القاهرة

١١- **الدسوقى**: شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقى
حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدرديرط دار إحياء الكتب العربية – القاهرة

١٢- **الزرقانى**: الإمام عبد الباقى الزرقانى
شرح الزرقانى على مختصر خليل و بهامشه حاشية البنانى ط دار الفكر – بيروت سنة ١٣٩٨ هـ – ١٩٧٨ م

١٣- **الشنقيطى**: الشيخ أحمد بن أحمد المختار الشنقيطى
مواهـب الجلـيل من أدلة خليل ط دار إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر ١٤٠٧ هـ – ١٩٨٧ م

١٤- **الصاوى**: الشيخ أحمد الصاوى
حاشية الصاوى على هامش الشرح الصغير للدردير – مطبعة عيسى الحلبىسنة ١٩٧٧ م

١٥- **العدوى**: الشيخ على العدوى
حاشية العدوى على شرح الخرشى ط دار صادر بيروت

١٦- **القرافى**: الإمـام شـهاب الديـن أحمـد بـن إدريس القرافى المتوفى سنة ٦٨٤ م هـ
أ- الذخيرة ، تحقيق محمد بو خبرة ط دار الغرب الاسلامى – الطبعة الأولى سنة ١٩٩٤م
ب- الفروق ، أو أنوار البروق فى أنواء الفروق و معه تهذيب الفروق للمكى ط دار الكتب العلمية – بيروت

١٧- **القيرواني**: الإمـــام أبـــو محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبى زيد القيرواني
المتوفى سنة ٣٨٦ هـــ النوادر و الزيادات على ما فى المدونة
مـــن غـــيرها مـــن الأمهات ، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو
وآخرين – ط دار الغرب الإسلامي سنة ١٩٩٩ م

١٨- **الكشناوى**: الإمام أبو بكر بن حسن الكشناوى
أسهل المجارك شرح إرشاد السالك فى فقه الإمام مالك ط دار
الفكر العربى – بيروت – الطبعة الثانية

١٩- **مالك**: الإمـــام أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحى الحميرى المتوفى
سنة ١٧٩ هـــ
المدونـــة الكـــبرى ط دار صـــادر – مطـــبعة الســـعادة
سنة ١٣٢٣ هـــ

٢٠- **محمد عليش**: الشيخ محمد عليش
شـــرح مـــنح الجلـــيل على مختصر خليل ، و بهامشه حاشية
المسماه تسهيل منح الجليل – مكتبة النجاح – طرابلس

٢١- **المكى**: الإمام محمد على بن حسين المكى المالكى
تهذيب الفروق و القواعد السنية فى الأسرار الفقهية – مطبوع
مع الفروق للقوافى – دار الكتب العلمية – بيروت

٢٢- **المواق**: الإمام أبو محمد عبد الله بن يوسف أبو القاسم العبدرى المتوفى سنه ٨٩٧هـــ .
التـــاج والإكلـــيل امختصر خليل تحقيق الشيخ زكريا عميرات مطـــبوع مـــع مواهـــبه الجليل للحطاب دار الكتب لعلمية – بيروت– الطبعة الأولى سنه ١٤١٦م– ١٨٨٥م

جـ كتب الفقه الشافعى:

١- **الأنصارى** : شـــيخ الأســـلام زكريا بن محمد بن أحمد الأنصارى الشافعى المـــتوفى سنه ٩٢٦هـــ . منهج الطلاب وشرحه لمسمى فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب. وبأسفلة حاشية البجيرمى عليه ط دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى سنه ١٤٢٠ ÷ت – ٢٠٠٠م.

٢- **البجيرمى**: الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البيجرمى المتوفى سنه ١٢٢١هـــ.
أ- حاشـــية البيجرمى على شرح منهج الطلاب ط دار الكتب العلمية – بيروت– الطبعة الأولى سنه ١٤٢٠هـــ – ٢٠٠٠م.
ب- حاشية البيجرمى على الخطيب المسماه تحفة لحبيب على شرح الخطيب ط دار المعرفة – بيروت – سنه ١٣٩٨هـــ – ١٩٧٨م.

٣- **ابن أبى الدم**: الأمـــام شهاب الدين أبو أسحاق إبراهيم بن عبد الله لمعروف بابـــن أبـــى الدم الحموى المتوفى سنه ٦٤٢هـــ. أدب القضاء تحقـــيق د. محمـــد مصطفى الزحيلى ط دار الفكر لمعاصر– بيروت – سنه ١٤٠٢هـــ – ١٩٨٢م.

٤- **ابن بطال**: الأمام محمد بن أحمد بن بطال الركبى.
النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب، مطبوع مع لمهذب للشيرازى ط دار الفكر.

٥- **الجمل** الشيخ سليمان الجمل.
حاشـــية الجمـــل علـــى شرح المنهج للأنصارى ط دار إحياء التراث العربى – بيروت

٦- **الحصنى**: تقـــى الدين أبو بكر محمد لحسينى الحصنى الدمشقى لشافعى كفايـــة الأخـــيار فى حل غاية الأختصار ، تحقيق لشيخ كامل محمد عويضة ط دار الكتب لعلمية – بيروت.

٧- **الخطيب:** الأمام محمد الخطيب الشربينى المتوفى سنه ٩٧٧هـ.
أ- الإقـــناع فى حل الفاظ أبى شجاع ط دار المعرفة – بيروت – سنه ١٣٩٨هـ – ١٩٧٨م.
ب- مغـــنى المحـــتاج إلـــى معرفة ألفاظ المنهاج على منهاج الطالبين للإمام النووى ط دار الفكر سنه ١٤١٥هـ – ١٩٩م.

٨- **الرافعى:** الأمـــام أبـــو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعى المتوفى سنه ٦٢٣هـ.
العزيـــز شـــرح الوجـــيز المعـــروف بالشرح الكبير، تحقيق الشـــيخين: على محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود. ط دار الكتب العلمية- بيروت- الطبعة الأولى سنه ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م.

٩- **الرشيدى:** الشيخ أحمد عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربى الرشـــيدى المتوفى سنه ١٠٩٦هـ حاشية الرشيدى على نهاية المحتاج للرملى ط مصطفى الحلبى- القاهرة.

١٠- **الرملى**: الإمـــام شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى المتوفى سنه ١٠٠٤هـــ.

نهايـــة المحـــتاج إلـــى شـــرح المـــنهاج بحاشيتى الرشيدى والشبراملسى مطبعة مصطفى الحلبى – القاهرة.

١١- **السبكى**: الإمام على بن عبد الكافى بن على السبكى.

أ- الأشـــباه والـــنظائر، تحقـــيق الشـــيخين: عادل أحمد عبد الموجود، على محمد معوض ط دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى سنه ١٤١١هـــ – ١٩٩١م.

ب- تكملة المجموع – مكتبة الإرشاد – جدة سنه ١٩٨٠م.

١٢- **السيوطى**: جلال الدين عبد الرحمن السيوطى المتوفى ٩١١هـ.

الأشـــباه والـــنظائر فى قواعد وفروع الشافعية ط دار الكتب العلمية- بيروت- الطبعة الأولى سنه ١٤١١هـــ- ١٩٩٠م.

١٣- **الشافعى**: الإمـــام أبـــو عبد الله محمد بن إدريس الشافعى المتوفى سنه ٢٠٤هـــ.

الأم. ط دار المعرفة بيروت -الطبعة الثانية سنه ١٣٩٣هـــ - ١٩٧٣م

١٤- **الشبراملسى**: الشيخ أبوالضياء نور الدين على بن على الشبراملسى المتوفى سنه ١٠٨٧هـــ.

حاشية الشبراملسىعلى نهاية المحتاج للرملىط مصطفى الحلبى القاهرة.

١٥- **الشيرازى**: الشـــيخ أبـــو إســـحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازى المتوفى سنه ٤٧٦هـــ.

المهذب فى فقه الإمام الشافعى تحقيق د. محمد الزحيلى- دار القلم- دمشق- الطبعة الأولى سنه ١٤١٧هـــ - ١٩٩٦م.

١٦- **العبادى**: الشيخ أحمد بن قاسم العبادى.

حاشية العبادى على تحفة المحتاج للهيمتى ط دار الفكر-

١٧- **العمرانى**: الأمـــام أبـــو الخـــير يحيى بن أبى الخير بن سالم العمرانى المتوفى سنه ٥٥٨هـــ

البـــيان فى مذهب الأمام الشافعى ، تحقيق قاسم محمد النورى ط دار المنهاج – الطبعة الأولى.

١٨- **عميرة**: حاشـــية الشيخ عميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلى على المنهاج النووى ط دار إحياء الكتب العربية – القاهرة –

١٩- **الغزالي**: حجة الإسلام الإمام محمد بن محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنه ٥٠٥هـ.
أ- الوجيز فى فقه مذهب الأمام الشافعى ط دار المعرفة- بيروت- سنه ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
ب- الوسيط فى المذهب ، تحقيق وتعليق أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر ط دار السلام الطبعة الاولى سنه ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧م.

٢٠- **الغمراوى**: الإمام محمد الزهيرى الغمراوى.
السراج الوهاج على متن المنهاج طبع ونشر دار المعرفة - بيروت .

٢١- **القليوبى**: الشيخ شهاب الدين القليوبى.
حاشية القليوبى على شرح المحلى على منهاج الطالبين للنووى ط دار إحياء الكتب العربية - القاهرة -

٢٢- **الكوهجى**: الشيخ عبد الله بن حسن الحسن الكوهجى.
زاد المحتاج بشرح المنهاج ط الشئون الدينية بدولة قطر- الطبعة الأولى -

٢٣- **الماوردى**: الإمام أبو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى المتوفى سنه ٤٥٠
أ- الأحكام السلطانية والولايات الدينية ط دار أبن خلدون الإسكندرية

ب- الحاوى الكبير تحقيق الشيخين: على معوض، عادل عبد الموجود ط دار الكتب العلمية- بيروت- الطبعة الأولى سنه ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٢٤- **المحلى**: العلامة جلال الدين المحلى. شرح المحلى على منهاج الطالبين للنووى ط دار إحياء التراث العربى - القاهرة.

٢٥- **د. محمد محمود مطرجى**: تكملة المجموع ط دار الفكر- الطبعة الأولى سنه ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

٢٦- **المزني**: الإمـــام أبـــو إبراهـــيم إسماعيل بن يحي بن إسماعيل المزنى المـــتوفى ســـنه ٢٦٤هـــ. مختصر المزنى ط دار المعرفة – بيروت– الطبعة الثانية ١٣٩٣هـــ ١٩٧٣م.

٢٧- **النووي**: الأمـــام أبو زكريا محيى الدين ابن شرف النووى المتوفى سنه ٦٧٦هـــ.

أ- روضـــة الطالبيـــن وعمدة المفتين – المكتب الإسلامى – الطبعة الثانية سنه ١٤٠٥هـــ – ١٩٨٥م.

ب- مـــنهاج الطالبين بشرح الشيخ الخطيب الشربينى المسمى مغنى المحتاج ط دار الفكر سنه ١٣٠٥هـــ – ١٩٩٥م.

٢٨- **الهيتمي**: الشيخ شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمى.

تحفـــة المحتاج بشرح المنهاج بحاشيتى الشروانى والعبادى ط دار الفكر

كتب الفقه الحنبلي:

١- **ابن القيم**: الإمـــام شـــمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبى بكر الزرعى الدمشقى المتوفى سنه ٧٥١هـــ

أ- الطـــرق الحكيمة فى السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقى ط دار الكتب العلمية – بيروت.

ب- زاد المعـــاد فى هدى خير العباد، تحقيق محمد عبد القادر عطا دار التقوى – القاهرة – الطبعة الأولى سنه ١٤٢٠هـــ – ١٩٩٩م.

٢- **ابن تيمية**: الأمـــام مجد الدين أبو البركات عبد السلام بن عبد الله الحانى المتوفى سنه ٦٢٥هـــ.

أ- مجموعة الفتاوى– مطبعة العاصمة – القاهرة–.

ب- المحرر فى الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل – دار الكتاب العربى – بيروت.

٣- **ابن رجب**: الإمـــام أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى المتوفى سنه ٧٩٥هـــ. القواعد فى الفقه ط دار المعرفة – بيروت –

٤- **ابن ضويان**: الشـــيخ إبراهـــيم بـــن محمد بن سالم بن ضويان المتوفى سنه ١٣٥٣هـــ.

منار السبيل فى شرح الدليل على مذهب الأمام أحمد بن حنبل – النجم للنشر والتوزيع.

٥- **ابن قدامة :** الأمـــام شـــمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر بن أحمد بن قدامة لمقدسى المتوفى سنه ٦٢٨ الشرح الكبير على متـــن المقنع- مطبوع بذيل المغنى لابن قدامة ط دار الفكر – بيروت سنه ١٤١٤هـــ – ١٩٩٤م.

٦- **ابن قدامة :** الإمـــام موفـــق الديـــن أبـــو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه لمقدسى المتوفى سنه ٦٢٠هـــ.

أ- الكـــافى فـــى فقه الأمام أحمد بن حنبل، تحقيق زهير الشـــاويش- المكتـــب الإســـلامى- الطبعة الثالثة سنه ١٤٠٢هـــ – ١٩٨٢م.

ب-المغنى على مختصر الإمام أبى القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى- المتوفى سنه ٣٣٤هـــ ط دار الفكر سنه ١٤١٤هـــ - ١٩٩٩٤م.

٧- **ابن مفلح:** الإمـــام أبو إسحق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن ملفـــح المتوفى سنه ٨٨٤هـــ. المبدع فى شرح المقنع- لمكتب الإسلامى – الطبعة الأولى سنه ١٣٩٩هـــ – ١٩٧٩م.

٨- **ابن مفلح:** الأمام شمس الدين المقدسى بن عبد الله بن محمد مفلح المتوفى ســـنه ٧٦٣هـــــ الفروع، ومعه تصحيح الفروع للمرداوى ط عالم الكتب سنه ١٣٨٨هـــ – ١٩٦٧م.

٩- **البهوتى:** الأمـــام منصـــور بن يونس بن منصور البهوتى المتوفى سنه ١٠٥١هـــ.

أ- الروض المربع بشرح زاد المستقنع ط عالم الكتب – بيروت

ب- شـــرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهى لشرح لمنتهى ط دار الفكر – بيروت

ج- كشـــاف القـــناع عن متن الإقناع لشيخ الإسلام الحجاوى لمقدسى المتوفى سنه ٩٦٨هـــ – تعليق الشيخ هلال مصيلحى ط عالم الكتب سنه ١٤٠٣هـــ – ١٩٨٣م.

١٠- **أبو يعلى**: الإمام محمد بن الحسين الفراء الحنبلى المتوفى سنه ٤٥٨هـ. الأحكام السلطانية، تصحيح وتعليق محمد حامد الفقى ط دار الكتب العلمية- بيروت- سنه ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م.

١١- **الحجاوى**: شيخ الإسلام أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوى المقدسى المتوفى سنه ٩٦٨هـ. الإقناع فى الفقه الأمام أحمد بن حنبل تصحيح وتعليق عبد اللطيف محمد موسى السبكى طبع ونشر دار المعرفة – بيروت.

١٢- **الزركشى**: الأمام شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشى المصرى الحنبلى المتوفى سنه ٧٧٢هـ. شرح الزركشى على مختصر الخرقى، تحقيق عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين مكتبة العبيكان- الطبعة الأولى سنه ١٤١٣هـ- ١٩٩٣م.

١٣- **المرداوى**: الأمام علاء الدين أبو الحسن على بن سليمان بن أحمد المرداوى السعدى الحنبلى المتوفى سنه ٨٨٥هـ الأنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الأمام أحمد بن حنبل تحقيق أبى عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعى – دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنه ١٤١٨ هـ-١٩٩٧ م

١٤- **وزارة الأوقاف والشئون المالية بدولة الكويت**
معجم المغني في الفقه الحنبلي طـ دار الفكر سنه ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م

١٥- **د وهبة الزحيلي** :
الفقـه الحنبلي الميسر بأدلته وتطبيقاته المعاصرة طـ دار القلم – دمشق الطبعة الأولي سنه ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧ م

هـ - الفقه الظاهري

١- **ابن حزم**
الإمـام أبـو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري المتوفي سنه ٤٥٦ هـ
المحلـي بالآثـار ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي طـ دار الأوقـاف الجديـدة بـيروت – تحقيق د . عبد الغفار سليمان البنداري طـ دار الفكر

كتب الفقه الزيدي

٢- **البخاري** أبو الطيب صديق بن حسن بن علي القنوجي البخاري
الروضة الندية شرح الدرر البهية – مكتبة دار التراث – القاهرة

٣- **ابن المرتضي** أحمد بن يحيي بن المرتضي المتوفي سنه ٨٤٠ هـ
أ – البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار – دار الكتاب الإسلامي
القاهرة
ب- متن الأزهار بشرح السيل الجرار للشوكاني ط دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولي سنه ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥ م

٤- **الشوكاني** محمد بن علي الشوكاني المتوفى سنه ١٢٥٥ هـ
السيل الجرار المتدفق علي حدائق الأزهار ، تحقيق محمود إبراهيم زايد – ط دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولي سنه ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥ م

الصنعاني القاضي احمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني .
التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار – مكتبة اليمن الكبرى

كتب الفقه الإمامي

١- **الحر العاملي** محمد بن الحسين الحر العاملي المتوفي سنه ١١٠٤ هـ
وسائل الشيعة إلي تحصيل مسائل الشريعة ، تحقيق محمد الرازي ط دار إحياء التراث العربي – بيروت .

٢- **الحلي** أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي المتوفي سنه ٦٧٦ هـ
أ – شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، تحقيق عبد المحسن محمد علي مطبعة الآداب في النجف الإشراف – الطبعة الأولي سنه ١٣٨٩ هـ – ١٩٦٩ م .
ب- المختصر النافع في فقه الإمامية ط دار الأضواء – بيروت – الطبعة الثالثة سنه ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥ م .

٣- **زين الدين الجبعي العاملي** الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ط دار إحياء التراث العربي – بيروت – الطبعة الثالثة سنه ١٤١٢ هـ – ١٩٩٢ م .

٤- **محمد بن جمال الدين مكي العاملي المتوفي سنه ٧٨٦ هـ** اللمعة الدمشقية بشرح الروضة البهية طـ دار إحياء التراث العربي – بيروت – الطبعة الثالثة سنه ١٤١٢هـ – ١٩٩٢م .

٥- **محمد جواد مغنية** فقه الإمام جعفر الصادق عرض واستدلال – ط دار ومكتبة الهلال – بيروت– الطبعة الخامسة سنه١٤٠٤ هـ–١٩٨٤ م .

٦- **محمد حسن النجعي المتوفي سنة ١٢٦٦ هـ** جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، تحقيق وتعليق محمود القوجاني
ط دار إحياء التراث العربي – بيروت – الطبعة السابعة سنه ١٩٨١ م

ح - الفقه الإباضي :

١- **ابن إطفيش** محمد بن يوسف أطفيش
شرح كتاب النيل وشفاء العليل – مكتبة الإرشاد – جدة – الطبعة الثالثة سنه ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥ م

٢- **التميني** ضياء الدين عبد العزيز التميني المتوفي سنه ١٢٢٣ هـ
كتاب النيل وشفاء العليل مع شرحه لأبن اطفيش – مكتبة الإرشاد جدة

سادسا : **كتب اللغة والمصطلحات** :

١- **إبراهيم أنيس وآخرون** المعجم الوسيط – الطبعة الثانية –

٢- **ابن منظور** الإمام أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منصور الأفريقي المصري .
لسان العرب ط دار صادر بيروت .

٣- **الجرجاني** الإمام علي بن محمد بن علي الجرجاني المتوفي سنه ٨١٦ هـ
التعريفات ، تحقيق إبراهيم الإبياري ط دار الكتاب العربي سنه ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥ م .

٤- **الرازي** الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي
مختار الصحاح ، ترتيب السيد محمود خاطر ط نهضة مصر

٥- **الزبيدي** الإمام محمد مرتضى الزبيدي
تـــاج العروس من جواهر القاموس – المطبعة الخيرية بجمالية مصـــر المحمـــية – الطبعة الأولي سنه ١٣٠٦ هـــ منشورات مكتبة الحياة – بيروت .

٦- **الفيروز أبادي** مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي
القاموس المحيط ط دار الجيل – بيروت .

٧- **الفيومى** : الإمام أحمد بن محمد بن على الفيومى المتوفى سنة ٧٧٠هـ
المصباح المنير فى شرح غريب الشرح الكبير للرافعى – المكتبة العلمية – بيروت

٨- **مجمع اللغة العربية** : المعجم الوجيز – طبعة خاصة بوزارة التربية و التعليم سنة ١٤١١ هـ – ١٩٩١ م

٩- **المناوى** الشيخ محمد عبد الرؤوف المناوى المتوفى سنة ١٠٣٠ هـ
التوقيف على مهمات التعاريف تحقيق د. محمد رضوان الداية ط دار الفكر المعاصر – بيروت – الطبعة الأولى سنة ١٤١٠ هـ ١٩٩٠ م .

سابعاً : كتب التراجم و السير

١- **اسماعيل باشا البغدادى**: كشف الظنوف ط دار الفكر سنة ١٤٠٢ هـ – ١٩٨٢ م

٢- **الإسنوى** الإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوى المتوفى سنة ٧٧٢ هـ
طبقات الشافعية ط دار الفكر – الطبعة الأولى سنة ١٤١٦ هـ – ١٩٩٦ م

٣- **الأصفهانى** : الإمام أبو نعيم أحمد بن عبد الله الأصفهانى المتوفى سنة ٤٣٠ هـ
حلية الأولياء وطبقات الأصفياء ط دار الكتاب العربى – بيروت – الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٠ هـ ١٩٨٠ م

٤- **ابن الأثير**: الإمام عز الدين أبو الحسن على بن أحمد الجزرى المتوفى سنة ٦٣٠ هـ
أ- أسد الغابة فى معرفة الصحابة ط دار الفكر
ب- الكامل فى التاريخ ط دار صادر – بيروت – الطبعة السادسة سنة ١٤١٥ هـ–١٩٩٥ م .

٥- **ابن الجزرى**: شمس الدين أبو الخير محمد بن على بن الجزرى المتوفى سنة ٨٣٣ هـ- غاية النهاية فى طبقات القراء ط دار الكتب العلمية - بيروت - الطبقة الثالثة سنة ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .

٦- **ابن حجر**: الإمام أحمد بن على بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢ هـ الاصابة فى تمييز الصحابة ط دار الكتب العلمية ، مطبعة النهضة -الطبعة الأولى سنة ١٣٩٧ هـ -١٩٧٧ م .
ب- تهذيب التهذيب ط دار صادر - بيروت - الطبعة الأولى سنة ١٣٢٥ ، ط دار الفكر سنة ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

٧- **ابن خلكان**: أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبى بكر بن خلكان المتوفى سنة ٦٨١ هـ
وفيات الأعيان و أنباء الزمان ، تحقيق د.إحسان عباس ط دار الثقافة - بيروت - سنة ١٩٧٠ م .

٨- **ابن سعد**: الامام محمد بن سعد بن منيع الزهرى المتوفى سنة ٢٣٠ هـ - الطبقات الكبرى ط عالم الكتب - بيروت

٩- **ابن الصلاح**: تقى الدين أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن الشهرزورى المعروف بابن الصلاح
طبقات الفقهاء الشافعية ، تهذيب و ترتيب و استدراك الإمام النووى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ، تحقيق محيى الدين على نجيب ط دار البشائر الإسلامية - الطبعة الأولى - سنة ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م .

١٠- **ابن شاهين**: أبو حفص عمر بن أحمد بن عثمان المعروف بابن شاهين المتوفى سنة ٣٨٥ هـ ،
تاريخ أسماء الثقات ممن نقل عنهم العلم تحقيق و تعليق د. عبد المعطى أمين قلعجى ط دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

١١- **ابن عبد البر**: الإمام أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد عبد البر الأندلسى المتوفى سنة ٤٦٣ هـ
الاستيعاب فى معرفة الأصحاب ، تحقيق د.محمد الزينى - مطبوع بذيل الإصابة لابن حجر - مكتبة الكليات الأزهرية - الطبعة الأولى

١٢- **ابن العماد**: الإمام أبو الفلاح عبد الحى بن العماد الحنبلى المتوفى سنة ١٠٨٩ هـ شذرات الذهب فى إخبار من ذهب ط دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

١٣- **ابن فرحون**: برهان الدين أبو الوفا إبراهيم بن محمد بن فرحون اليعمرى المالكى . الديباج المذهب فى معرفة أعيان علماء المذهب و معه نيل الابتهاج للتنكتى ط دار الكتب العلمية- بيروت

١٤- **ابن قاضى شهبة**: الإمام أبو بكر أجيد بن محمد بن عمر بن محمد تقى الدين بن قاضى شهبة - طبقات الشافعية تصحيح و تعليق د. عبد العليم خان ط عالم الكتب - بيروت

١٥- **ابن كثير**: الإمام عماد الدين أبو الغداه إسماعيل بن كثير القرشى الدمشقى المتوفى سنة ٧٧٤ هـ - البداية و النهاية - مكتبة المعارف - بيروت - الطبعة الخامسة سنة ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٣ م .

١٦- **ابن النديم**: ابو الفرج محمد بن أبى يعقوب اسحاق المعروف بابن النديم المتوفى سنة ٣٨٠ هـ الفهرست ط دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى سنة ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م

١٧- **ابن هداية الله**: أبو بكر بن هداية الله الحسينى الملقب بالمصنف المتوفى سنة ١٠١٤ هـ طبقات الشافعية ، مطبوع مع طبقات الفقهاء للشيرازى ط دار العلم - بيروت

١٨- **ابن هشام**: الإمام أبو محمد عبد الملك بن هشام المعافرى المتوفى سنة ٢١هـ السيرة النبوية ، تحقيق د . محمد فهمى المرجانى – المكتبة التوفيقية –القاهرة

١٩ **التنبكتى** الإمام أبو العباس التنبكتى نيل الابتهاج بتطريز الديباج ، مطبوع بهامش الديباج المذهب لابن فرحون ط دار الكتب العلمية – بيروت

٢٠- **الحموى**: الشيخ شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموى البغدادى ، معجم البلدان ط دار صادر – بيروت

٢١- **الخطيب البغدادى**: الامام أبو بكر أحمد بن على الخطيب البغدادى المتوفى سنة ٤٦٣ هـ- تاريخ بغداد – المكتبة السلفية .

٢٢- **الداوودى**: شمس الدين محمد بن على بن أحمد الداودى المتوفى سنة ٩٤٥ هـ طبقات المفسرين ، ط دار الكتب العلمية –بيروت–الطبعة الأولى

٢٣- **الذهبى**: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبى المتوفى سنة٧٤٨هـ
أ- تجريد أسماء الصحابة ط دار المعرفة – بيروت
ب- تذكرة الحفاظ ط دار الكتب العلمية – بيروت
جـ- سير أعلام النبلاء ، تحقيق شعيب الآرنؤوطى و آخرين ط مؤسسة الرسالة – الطبعة السابعة سنة ١٤١٠ هـ – ١٩٩٠ م .
د- ميزان الاعتدال فى نقد الرجال ، تحقيق محمد على البجاوى ، فتحية على البجاوى ط دار الفكر العربى .

٢٤- **الزركلى**: خير الدين الزركلى
الأعلام ط دار العلم للملايين – الطبعة الخامسة سنة ١٩٨٠ م
الإمام تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب السبكى المتوفى سنة ٧٧١ هـ

٢٥- **السبكي**: طبقات الشافعية الكبرى ، تحقيق عب الفتاح محمد الحلو ، محمود محمـــد الطناحى – ط عيسي الحلبى – الطبعة الأولى سنة ١٣٨٣ هـــ – ١٩٦٤ م

٢٦- **السيوطي**: الامـــام جـــلال الديـــن السيوطى المتوفى سنة ٩١١ هـــ– طـــبقات الحفاظ تحقيق على محمد عمر – مكتبة وهبة – القاهرة الطبعة الأولى سنة ١٣٩٣ هـــ – ١٩٧٣ م

٢٧- **الشيرازي**: الشيخ أبو اسحاق الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦ هـــ – طبقات الفقهاء و معه طبقات الشافعية لابن هداية الله الحسينى ط دار العلم – بيروت

٢٨- **عمر رضا كحالة**: معجم المؤلفين ط دار إحياء التراث العربى – بيروت

٢٩- **الطبري**: الامـــام أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى المتوفى سنة ٣١٠ هـــ – تاريخ الطبرى – تاريخ الأمم والملوك تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم ط دار المعارف – الطبعة الثالثة .

٣٠- **النووي**: الامام أبو زكريا محيى الدين ابن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦ هـــ –تهذيب الأسماء واللغات ط دار الكتب العلمية – بيروت

٣١ **وكيع** أخبار القضاه ط

ثامناً الكتب العامة و الحديثة

١- **ابن المنذر**: محمد بن ابرهيم بن المنذر النيسا بورى الاقتـــاع ، تحقيق ايمن صالح شعبان – ط دار الحديث – القاهرة – الطبعة الأولى سنة ١٤١٠ هـــ – ١٩٩٤ م

٢- **أبو زهرة**: الامام محمد أبو زهرة

أ- الأحوال الشخصية ط دار الفكر العربى – القاهرة – الطبعة الثالثة سنة ١٣٧٧ هـــ – ١٩٥٧ م .

ب- الملكـــية و نظـــرية العقد فى الشريعة الإسلامية ط دار الفكر العربى – القاهرة سنة ١٤١٦ هـــ – ١٩٩٦م .

٣- **أبو عبيد**: الإمـــام الحـــافظ أبو عبيد القاسم بن سلام المتوفى سنة ٢٢٤ هـــ الأمـــوال تحقـــيق و تعليق محمد خليل هراس ط دار الفكر – القاهرة – سنة ١٤١٠ هـــ – ١٩٨١ م .

٤- **أبو يوسف**: الامام يعقوب بن ابراهيم بن حبيب – الخراج – ضمن موسوعة الخراج ط دار المعرفة – بيروت – سنة ١٣٩٩ هـــ – ١٩٧٩ م

٥- **أحمد ابراهيم**: الشيخ أحمد إبراهيم بك
أ- التركة و الحقوق المتعلقة بها – القاهرة الحديثة للطباعة سنة ١٤٠٧ هـــ – ١٩٨٧ م
ب- طـــرق الإثبات الشرعية – الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٥ هـــ – ١٩٨٥ م

٦- **د.أحمد الحصرى**: علم القضاء – أدلة الإثبات فى الفقة الإسلامى ط سنة ١٣٩٩ هـــ – ١٩٧٧ م – نشر مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة

٧- **د. أحمـــد فـــرج حسين** : أحكام الأسرة فى الإسلام ط سنة ١٩٨٥ م

٨- **د. أمـــير عـــبد العزيز** فقه الكتاب و السنة ط دار السلام – القاهرة – الطبعة الأولى سنة ١٤١٩ هـــ ١٩٩٩ م

٩- **بطـــــرس البستانى**: المعلم بطرس البستانى – دائرة المعارف ط دار المعرفة –بيروت

١٠- **د . حمـــدى عـــبد المنعم شلبى** : الـــرائد فـــى علـــم الفرائض – الطبعة الولى سنة ١٤٠٩ هـــ – ١٩٨٩ م

١١- **السيد سابق:** الشيخ السيد سابق – فقه السنة ، طبعة المؤلف سنة١٤٠٩ هـ – ١٩٨٨ م

١٢- **عبد الرحمن الجزيرى:** الشيخ عبد الرحمن الجزيرى
الفقه على المذاهب الأربعة ، تحقيق كمال الجمل و آخرين – الطبعة الأولىسنة ١٤١٩ هـ – ١٩٩٩ مكتبة الايمان – المنصورة

١٣- **العز بن عبد السلام:** الإمام عز الدين بن عبد السلام
قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ط دار الجيل – بيروت

١٤- **عطية صقر:** فضيلة الشيخ عطية صقر
موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام – الدار المصرية للكتاب
الطبعة الثالثة سنة ١٤١١ هـ – ١٩٩١ م

١٥- **د . عطية مشرفة:** القضاء فى الاسلام – شركة الشرق الأوسط – الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٦ م

١٦- **على الخفيف :** الشيخ على الخفيف –
أحكام المعاملات الشرعية ط دار الفكر العربى– الطبعة الأولى سنة ١٤١٧ هـ – ١٩٩٦ م

١٧- **د. غازى بن سالم بن التمام** اقتصاديات الحرب فى الاسلام – مكتبة الرشد – جده – الطبعة الأولى سنة ١٤١١ هـ – ١٩٠ م

١٨- **الغزالي :** حجة الإسلام الإمام محمد بن محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥ هـ
إحياء علوم الدين ط الحلبى

١٩- **د. فرج زهران الدمرداش:** مختصر فقة الفرائض – دراسة و تطبيق سنة ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧ م

٢٠- **محمد جعفر شمس الدين:** انوصية و أحكامها فى الفقه الاسلامى ط دار التعارف – بيروت

٢١- **د. محمد ضياء الدين الريس:** الخراج و النظم المالية للدولة الإسلامية – دار الأنصار القاهرة – الطبعة الرابعة سنة ١٩٧٧ م

٢٢- **محمد مصطفى شلبى** أحكام الأسرة في الإسلام ط دار النهضة العربية –بيروت–الطبعة الثالثة سنة ١٣٩٧ هـ – ١٩٧٧م .

٢٣- **مصطفى الزرقا:** الشيخ مصطفى الزرقاء – المدخل الفقهى العام – الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد – ط دار الفكر – بيروت سنة ١٩٦٧ م – ١٩٦٨

٢٤- **د. نصر فريد واصل:** نظرية الدعوى و الإثبات فى الفقه الاسلامى مقارناً بالقانون الوضعى–الطبعة الثانية سنة ١٤١٢ هـ – ١٩٩١ م

٢٥- **وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالكويت** الموسوعة الفقهية – الطبعة الثانية سنة ١٤٠٨ هـ – ١٩٨٨ م

٢٦- **يحيى بن آدم:** الامام يحيى بن آدم أبو سليمان المتوفى سنة ٢٠٣ هـ الخراج ، ضمن موسوعة الخراج ط دار المعرفة –بيروت – سنة ١٣٩٩ هـ ١٩٧٩ م

ثامنا : الكتب القانونية

١- **د. ابراهيم نجيب:** محاضرات فى قانون المرافعات ط سنة ١٩٧٢ م

٢- **أبو زهرة :الامام محمد أبو زهرة:** شرح قانون الوصية ط دار الفكر العربى – القاهرة سنة ١٣٩٨ هـ – ١٩٧٨ م

٣- **د.أحمد أبو الوفا:** أ- أصول المحاكمات المدنية – مكتبة مكاوى – الطبعة الثانية سنة ١٩٧٩ م

ب- نظرية الدفوع فى قانون المرافعات – منشأة المعارف – الإسكندرية – الطبعة السادسة سنة ١٩٨٠ م

جـ- التعليق على نصوص قانون الإثبات – منشأة المعارف –

الإسكندرية سنة ١٩٨١ م

د- المرافعات المدنية و التجارية – منشأة المعارف – الإسكندرية الطبعة الرابعة عشرة

٤- **د. أحمد أبو الوفا:** الوسيط فى القانون الدولى العام ط دار النهضة العربية – القاهرة – الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥ م – ١٩٩٦ م

٥- **د. أحمد سلامة:** أحكام الالتزام – نشر مكتبة عين شمس – القاهرة

٦- **د. أحمد السيد صاوى:** الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية ط دار النهضة العربية- القاهرة

٧- **د. أحمد مسلم:** أصول المرافعات ط دار الفكر العربي – القاهرة – سنة ١٩٦٨ م

٨- **د.أحمد مليجى:** التعليق على قانون المرافعات ط النشر الذهبى – القاهرة

٩- **د. أسعد دياب :** ضمان العيوب الخفية – دراسة مقارنة بين القانون اللبنانى و الشريعة الاسلامية و القوانين الحديثة العربية و الأوروبية – دار إقرار – بيروت – الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٣ هـ – ١٩٨٣ م

١٠- **أمينة مصطفى النمر:** الوجيز فى قوانين المرافعات ط سنة ١٩٩٠ م ، مطابع أرتك

١١- **د.انور سلطان :** النظرية العامة للإلتزام ط سنة ١٩٦٢ م

١٢- **م. أنور طلبة:** أ- التعليق على نصوص القانون المدنى – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية

ب- موسوعة المرافعات المدنية التجارية – دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٣ م

جـ- مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض منذ إنشائها سنة ١٩٣١ م –المكتب الجامعى الحديث – الإسكندرية سنة ١٩٩١ م .

١٣- **أ. أنور العمروسى:** اصول المرافعات الشرعية ط سنة ١٩٧٩ م

١٤- **د. توفيق حسن فرج:** أحكـام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين – منشأة المعارف – الإسكندرية
الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٩ م
الجريدة الرسمية العدد ٤ مكرر الصادر فى ٢٢ شوال سنة ١٤٢٠ هـ – ٢٩ يناير – سنة ٢٠٠٠ م – السنة ٤٣ .

١٦ **د. جميل الشرقاوى:** أ- الاثـبات فى المواد المدنية ط دار النهضة العربية – القاهرة سنة ١٩٨٢ م .
ب- الأحوال الشخصية لغير المسلمين
جـ – مصادر الالتزام ط دار النهضة العربية سنة ١٩٩٥ م

١٧- **د. جميل عبد الباقى الصغير:** قانون العقوبات – جرائم الدم – ط دار النهضة العربية سنة ١٩٩٧ م

١٨- **أ. جندى عبد الملك:** الموسوعة الجنائية ط دار المؤلفات القانونية – بيروت –

١٩- **د. جودة حسين جهاد:** القسم الخاص فى قانون العقوبات – جرائم الأشخاص – سنة ١٤٠٧ هـ – ١٩٨٧م

٢٠- **د حامد محمد أبو طالب:** محاضرات فى قانون المرافعات سنة ١٤٢٠ هـ – ٢٠٠٠ م
د. حمدى عبد الرحمن الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات – الكتاب الأول ط دار النهضة العربية – القاهرة – الطبعة الأولى سنة ١٩٩٩م

٢١- **د. خميس خضر:** العقود المدنية الكبيرة ط دار النهضة العربية سنة ١٩٧٩ م

٢٢- **م. الدناصور:** عز الدين الدناصورى ، أ حامد عكاز : التعليق على قانون المرافعات – الطبعة الثامنة سنة ١٩٩٦ م

٢٣- **د. رأفت عبد الفتاح حلاوة:** الادعاء المدنى أمام القاضى الجنائى – بحث منشور فى مجلة كلية الشريعة و القانون بدمنهور – العدد ١٦ سنة ١٤٢٢ هـ – ٢٠٠١ م

٢٤- **د. رأفت محمد حماد** أ- أحكام الالتزام ط سنة ١٩٨٦ م
ب- شرح قانون الإثبات المصرى ط سنة ١٩٨٦ م

٢٥- **د. رؤوف عبيد:** المشــكلات العملــية الهامـــة فى الإجراءات الجنائية ط دار الفكر العربى سنة ١٩٨٠ م

٢٦- **د. رمزى سيف:** الوســيط فـــى شـــرح قانون المرافعات المدنية و التجارية ط دار النهضة العربية – القاهرة –الطبعة السابعة سنة ١٩٦٧ م

٢٧- **د.رمسيس بهنام:** أ الجريمة و المجرم و الجزاء – منشأة المعارف – الإسكندرية – الطبعة الثانية سنة ١٩٧٦ م

ب- القســم الخــاص فـــى قـــانون العقوبات – منشأة المعارف بالاسكندرية سنة ١٩٨٢ م

٢٨- **د. رمضان جمال كامل:** شـــروط قبول الدعوى الطبعة الأولى سنة ١٩٩٨ م توزيع مكتبة الألفى القانونية – المنيا

٢٩- **د. سامح السيد جاد:** الإجـــراءات الجنائية فى القانون المصرى ط دار الاتحاد العربى سنة ١٤٠٩ هـــ – ١٩٨٩ م

٣٠- **د. سمـــير عـــبد السيد تناغو:** أ- التأميـــنات الشخصــــية و العينـــية – منشـــأة المعـــارف – الإسكندرية سنة ١٩٨٥ م

ب- النظرية العامة فى الاثبات ط سنة ١٩٩٩ م

٣١- **سمير الشرقاوى:** التأميـــنات الشخصـــية و العينية فى القانون المدنى اليمنى ط دار النهضة العربية

٣٢- **د.سليمان مرقص:** أ- أصـــول الإثـــبات و إجراءاته فى المواد المدنية فى القانون المصرى مقارناً بتقنينات سائر البلاد العربية ط عالم الكتب – القاهرة سنة ١٩٨١ م

ب- التامينات العينية في القانون المدنى الجديد

٣٣- م. السيد خلف محمد: مجموعـــة المبادىء التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات مـــن يـــناير ١٩٧٥ حتى يناير ١٩٨٠ م – الطبعة الأولى – سنة ١٩٨٢ – ١٩٨٣ م

٣٤- د. شمس الدين الوكيل: نظرية التأمينات فى القانون المدنى – الطبعة الثانية سنة ١٩٥٩ م

٣٥- أ. صلاح حمدى ، أ . لبيب حليم: البيان فى شرح قانون الاثبات ط دار الأدباء سنة ١٩٨٠ م

٣٦- د. عادل جبرى محمد حبيب: التأميـــنات الشخصية و العينية – الأندلس للنشر و التوزيع طنطا سنة ١٩٩٠ م

٣٧- د. عبد الحكم شرف ، د. السعيد الزمانى: دراسات فى قانون المرافعات – الطبعة الأولى سنة ١٩٩٨ م

٣٨- د. عبد الحميد أبو هيف: المـــرافعات المدنـــية و الـــتجارية و النظام القضائى فى مصر – مطبعة الاعتماد –القاهرة ١٣٤٠ هـــ – ١٩٢١ م

٣٩- د. عبد الخالق حسن أحمد: دروس فى مصادر الالتزام ط سنة ١٤٠٧ هـــ – ١٩٨٧ م

٤٠- د. عبد الرزاق أحمد السنهوى أ- نظرية العقد ط دار الفكر سنة ١٣٥٣ هـــ – ١٩٣٤ م
ب- الوســيط فـــى شرح القانون المدنى ط دار النشر للجامعات المصرية سنة ١٩٦٠ م ، دار النهضة العربية – القاهرة سنة ١٩٨٢ م

٤١- د. عبد الفتاح السيد بك: الوجـــيز فى المرافعات المصرية – مطبعة النهضة – القاهرة – الطبعة الثانية سنة ١٣٤٢ هـــ – ١٩٢٤ م .

٤٢- د. عبد الفتاح عبد الباقي: التأمينات الشخصية و العينية ط سنة ١٩٥٠ م – القاهرة

٤٣- د. عبد المنعم البدراوى: أ- التأميـــنات الشخصية و العينية ط د دار القومية العربية سنة ١٩٧٩ م
ب- مصادر الالتزام د سنة ١٩٧٥ م

٤٤- د. عبد المنعم الشرقاوى، د . عبد الباسط جميعى: شرح قانون المرافعات الجديد ط دار الفكر العربى – القاهرة

٤٥- د. عبد المنعم الشرقاوى: الوجـيز فـى قـانون المرافعات المدنية و التجارية – دار النشر للجامعات المصرية – القاهرة

٤٦- د.عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام ط سنة ١٩٨٤ م

٤٧- د. عبد الناصر توفيق العطار: أ- البداية فى شرح أحكام البيع سنة ١٤٠٥ هـ ١٩٨٤ م
ب-مصادر الالتزام – مطبعة السعادة – القاهرة – سنة ١٩٧٥ م
جـ – نظرية الالتزام فى الشريعة الإسلامية و التشريعات العربية – مطبعة السعادة – القاهرة – سنة ١٩٧٥ م

٤٨- د.عبد الودود يحيى: أحكام الالتزام ط دار النهضة العربية – القاهرة – سنة ١٩٨٧ م

٤٩- د.عزمى عبد الفتاح: نحـو نظـرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدنى – الطبعة الأولى سنة ١٩٨٦ م

٥٠- العشماويات: أ- محمد العشماوى ، د.عبد الوهاب العشماوى : قواعد المرافعات فى التشريع المصرى المقارن – المطبعة النموذجية – القاهرة – سنة ١٣٧٦ هـ – ١٩٥٧ م

٥١- د.على حسين نجيب: ضـمان عـيوب المبـيع فى عقد البيع فى القانونين المصرى و المغربى – دار الفكر العربى – القاهرة

٥٢- د. على صادق أبو هيف: القـانون الدولى العام – منشأة المعارف – الإسكندرية – الطبعة الأولى سنة ١٩٧٥ م

٥٣- د. عمر السعيد رمضان: مبادىء قانون الإجراءات الجنائية سنة ١٩٦٧ م

٥٤- د .عوض محمد: جـرائم الأشـخاص و الأمـوال – دار المطبوعات الجامعية – الاسكندرية سنة ١٩٨٤ م

٥٥- أ. فارس الخورى: أصول المحاكمات الحقوقية – مطبعة الجامعة السورية – الطبعة الثانية سنة ١٩٣٦ م

٥٦- **د. فتحي والي:** أ- قانون القضاء المدنى الكويتى – مطبعة جامعة الكويت سنة ١٩٧٧ م .
ب- الوسيط فى قانون القضاء المدنى – قانون المرافعات المدنية و التجارية – مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعى سنة ١٩٩م

٥٧- **د. مـــــأمون محمد سلامة :** الاجراءات الجنائية فى التشريع المصرى ط دار النهضة العربية – القاهرة – محكمة النقض – المكتب الفنى : مجموعة الأحكام الصادرة من الهيـــئة العامة للمواد المدنية و التجارية ومن الدائرة المدنية و من دائرة الأحوال الشخصية – مطبعة دار القضاء العالى الفرعية سنة ١٩٦٣ م .

٥٨- **د. محمد حامد فهمى** المرافعات المدنية و التجارية – مطبعة فتح الله إلياس – القاهرة – سنة ١٣٥٩ هـ – ١٩٦٧ م .

٥٩- **د. محمد عيد الغريب:** شـــرح قانون الاجراءات الجنائية الطبعة الثانية سنة ١٩٩٦ م – ١٩٩٧ م

٦٠- **د. محمد كامل مرسى:** التأمينات الشخصية و العينية ط سنة ١٩٤١ م

٦١- **د. محمد المنجى** عقـد البـيع الابتدائى – منشأة المعارف – الإسكندرية – الطبعة الأولى سنة ١٩٨٣ م

٦٢- **أ. محمود أحمد عمر:** مجموعـــة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى المواد المدنية و هى المجموعة الشهيرة بمجموعة عمر

٦٣- **د محمـود جمال الدين ذكى:** أ-التأميـــنات الشخصـــية والعينية-مطبعة الشعب بالقاهرة-الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٩م ب-العقود المسماة ط سنة ١٩٥٣م

٦٤- **د. محمـود سمير الشرقاوى:** القانون التجارى ط دار النهضة العربية – القاهرة سنة ١٩٨٢م

٦٥- **د. محمود نجيب حسنى:** الموجـــز فـــى شـــرح قانون العقوبات – القسم الخاص – ط دار النهضة العربية – القاهرة سنة ١٩٩٣ م

-- د. محمود هاشم: قانون القضاء المدنى ط سنة ١٩٨١ م

٦٧- **د. محيى الدين اسماعيل علم الدين:** العقود المدنية الصغيرة – الطبعة الثانية – النشر الذهبى سنة ١٩٩٥ م

٦٨- **د. مصطفى السباعى:** شرح قانون الأحوال الشخصية – المكتب الاسلامى – بيروت – الطبعة السابعة سنة ١٤١٧ هـ – ١٩٩٧ م

٦٩- **د. مصفى كامل كيرة:** قانون المرافعات الليبى ط دار صادر – بيروت – سنة ١٩٧٠ م

٧٠- **د. مصطفى محمد الجمال:** أ- عقد البيع ط الفتح – الاسكندرية سنة ١٩٩٨ م

ب- نظام الملكية – شركة سعيد رأفت للطباعة سنة ١٩٨٥ م

٧١- **م. معوض عبد التواب:** أ- التعليق على نصوص القانون ١ السنة ٢٠٠٠ م – دار الفكر الجامعى – الاسكندرية – الطبعة الثانية سنة ٢٠٠٠ م

ب- موسوعة الأحوال الشخصية – منشأة المعارف – الاسكندرية سنة ١٩٨٤ م

٧٢- **المكتب الفنى بمحكمة النقض:** الدائرة المدنية و الجنائية : مجموعة أحكام النقض

٧٣- **د. منصور مصطفى منصور:** التأمينات العينية ط سنة ١٩٦٣ م

٧٤- **د. نبيل إبراهيم سعد:** التأمينات الشخصية و العينية – منشأة المعارف – الإسكندرية – الطبعة الأولى – سنة ١٩٨٢٦ م

٧٥- **د. نبيل إسماعيل عمر:** أصول المرافعات المدنية و التجارية – منشأة المعارف – الإسكندرية – الطبعة الأولى – سنة ١٩٨٦ م

٧٦- **الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية :** الأحوال الشخصية طبقا لأحدث التعديلات – الطبعة السابعة سنة ١٩٩٩ م .

٧٧- **د. وجدى راغب** مبادىء القضاء المدنى ط

وزارة العدل المصرية: : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى

٧٨- أ. ياسر محمود نصار: موسوعة دائرة المعارف القانونية – اصدار المجموعة الدولية للمحاماة – الإسكندرية سنة ١٩٩٨ م

عاشراً : الوسائل فى الفقه الاسلامى و القانون الوضعى

١- شعبان الكومى أحمد فايد: دراسة و تحقيق من أول باب التفليس إلى آخر كتاب الحوالة من كتاب البيان للإمام العمرانى – رسالة ماجستير – مقدمه إلى كلية الشريعة و القانون بالقاهرة سنة ١٤١٩ هـ – ١٩٩٩ م

٢- د عبد الحسيب عبد السلام يوسف رضوان: القاضى و البينة – رسالة ماجستير – مقدمه إلى كلية الشريعة و القانون بالقاهرة سنة ١٤٠٢ هـ – ١٩٨٢ م

٣- د. عبد المنعم الشرقاوى: نظرية المصلحة فى الدعوى – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق القاهرة سنة ١٩٤٦ م .

٤- علي محمد علي عبد الفتاح: قضاء الغنائم فى مصر – رسالة دكتوراه مقدمه إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس سنة ١٩٨١ م .

٥- د. محمد نعيم عبد السلام ياسين: نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية و قانون المرافعات المدنية و التجارية – رسالة دكتوراه مقدمه إلى كلية الشريعة و القانون بالقاهرة سنة ١٩٧٢ – من منشورات وزارة الأوقاف و الشئون و المقدسات الإسلامية .

٦- د.وهبة الزحيلى: آثار الحرب فى الفقه الاسلامى – رسالة دكتوراه – بكلية الحقوق جامعة القاهرة – ط دار الفكر – دمشق سنة ١٤١٢ هـ – ١٩٩٢ م

٧- د. يوسف القرضاوى: فقه الزكاة – رسالة دكتوراه بكلية الشريعة بالقاهرة ط مؤسسة الرسالة – بيروت سنة ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥ م

سابعا فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
الفرع الثانى: صور الوصية بالمجهول والحكم في الدعوى بها فى قانون الوصية.	٢٦٤
الحالة الأولي: إذا أوصى بمثل نصيب دارث معين من ورثته أو نصيبه.	٢٦٤
الحالة الثانية: إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته ولم يعينه.	٢٦٤
الحالة الثالثة: إذا أوصى بنصيب أو بمثل نصيب أحد الورثة مع الوصية بسهم معلوم شائع من التركة.	٢٦٥
الحالة الرابعة: إذا أوصى بنقود أو بأعيان من التركة مع الوصية بنصيب أو بمثل نصيب أحد الورثة.	٢٦٥
كيفية تحديد الموصى به فى غير هذه الحالات.	٢٦٦
المطلب الثالث: موازنه بين الفقه الإسلامى وقانون الوصية فى أحكام دعوى الوصية بالمجهول.	٢٦٧
المبحث الثانى: أحكام الدعوى بالمجهول فى مجال الهبة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.	٢٧٠
تمهيد.	٢٧٠
المطلب الأول: مشروعية هبة المجهول والدعوى بها فى الفقه الإسلامى وموقف القانون المدنى من ذلك.	٢٧١
الفرع الأول: مشروعية هبة المجهول فى الفقه الإسلامى.	٢٧٣
آراء الفقهاء فى مشروعية هبة المجهول.	٢٧٣
الأدلة والمناقشات.	٢٧٤
الرأى الراجح.	٢٨٢
الفرع الثانى: دعوى الهبة المجهولة والحكم فيها فى الفقه الإسلامى.	٢٨٤
الفرع الثالث: موقف القانون المدنى من هبة المجهول	٢٨٦

الموضوع | **الصفحة**

الموضوع **الصفحة**

الموضوع	الصفحة

الموضوع **الصفحة**

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع **الصفحة**

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضــــوع | **الصفحة**

وصلى الله على سيدنا محمد

وعلى آلـــه وصحبه وسلم